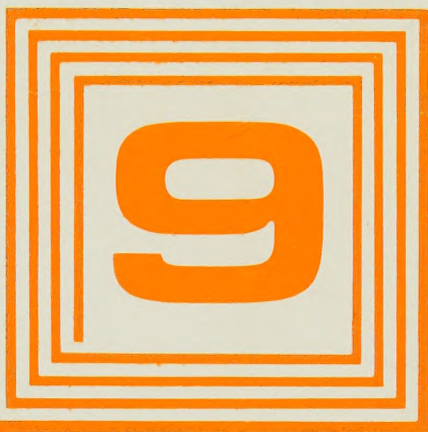




Véronique SÉLINSKY

# **l'entente prohibée**

(Décret du 9 août 1953, ordonnance du 28 septembre 1967,  
loi du 19 juillet 1977)

préface de

Claude LASRY

Montpellier 1978



Digitized by the Internet Archive  
in 2026







Véronique SÉLINSKY

Maître Assistant à la Faculté de Droit  
et des Sciences économiques de Montpellier  
Lauréat de la Faculté

# L'ENTENTE PROHIBÉE

à travers les avis de la commission technique  
des ententes et des positions dominantes

(Décr. du 9 août 1953, ord. du 28 sept. 1967, loi du 19 juil. 1977)

*Préface de*

Claude LASRY

Président-adjoint de la section du contentieux du Conseil d'Etat  
Ancien Président de la Commission technique des ententes  
et des positions dominantes

*Ouvrage honoré d'une subvention  
du Ministère de l'Education nationale  
couronné par l'Académie française*

LIBRAIRIES TECHNIQUES  
Libraire de la Cour de cassation  
27, place Dauphine - 75001 Paris

Véronique SÉLINSKY

Maître Assistant à la Faculté de Droit  
et des Sciences Économiques de l'Université  
Laval de Québec

# L'ENTENTE PROHIBÉE

à travers les yeux de la commission technique  
des ententes et des positions dominantes

(Texte de 2 vols. 1982, vol. 1 de 240 pages, 1982, vol. 2 de 160 pages)



Présentation de la Commission technique des ententes et des positions dominantes

Le présent ouvrage a été préparé  
par l'Institut de l'économie nationale  
et des sciences économiques

LES ÉDITIONS TECHNIQUES  
1111, rue de la Loi, 100  
Ottawa, Ontario K1P 6K8

I.S.B.N. 2 7111 - 0217 - 3

I.S.S.N. 0150 - 7451

## PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

|                |                                                              |
|----------------|--------------------------------------------------------------|
| Aff.           | Affaire                                                      |
| A.J.D.A.       | Actualités Juridiques de Droit Administratif                 |
| A.P.I.         | Annales de la Propriété Industrielle                         |
| B.O.S.P.       | Bulletin Officiel du Service des Prix                        |
| Cah. dr. eur.  | Cahiers de Droit Européen                                    |
| Cass.          | Cour de cassation                                            |
| C.E.           | Conseil d'Etat                                               |
| C.E.C.A.       | Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier               |
| C.E.E.         | Communauté Economique Européenne                             |
| C.E.I.P.I.     | Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle |
| C.E.S.         | Conseil Economique et Social                                 |
| C.J.C.E.       | Cour de Justice des Communautés Européennes                  |
| Ch. acc.       | Chambre d'accusation                                         |
| Chr.           | Chronique                                                    |
| Clunet         | Journal du droit international privé                         |
| Com.           | Chambre commerciale de la Cour de cassation                  |
| Comp.          | Comparer                                                     |
| Crim.          | Chambre criminelle de la Cour de cassation                   |
| D.             | Dalloz                                                       |
| Doc.           | Document                                                     |
| Doc. Ass. Nat. | Documents parlementaires. Assemblée Nationale                |
| Doc. Sénat     | Documents parlementaires. Sénat                              |
| Doctr.         | Doctrine                                                     |
| Dr. Soc.       | Droit Social                                                 |
| Gaz. Pal.      | Gazette du Palais                                            |
| Ibid.          | Ibidem                                                       |
| J.C.P.         | Jurisclasseur périodique. La Semaine Juridique               |
| J.C.P. (C.I.)  | Jurisclasseur périodique. Commerce et Industrie              |
| J.O.C.E.       | Journal Officiel des Communautés Européennes                 |

|                     |                                            |
|---------------------|--------------------------------------------|
| J.O. Doc. adm.      | Journal Officiel. Documents administratifs |
| J.O. L.D.           | Journal Officiel. Lois et Décrets          |
| Jp.                 | Jurisprudence                              |
| Jur. cl.            | Jurisqueuseur                              |
| Obs.                | Observations                               |
| p.                  | page                                       |
| R..                 | Revue de...                                |
| Rapp.               | Rapport                                    |
| Rec.                | Recueil                                    |
| R.M.C.              | Revue du Marché Commun                     |
| Rép.                | Répertoire                                 |
| Rev. int. conc.     | Revue Internationale de la Concurrence     |
| Rev. int. dr. comp. | Revue Internationale de Droit Comparé      |
| Rev. sc. crim.      | Revue de Science Criminelle                |
| Rev. trim. dr. com. | Revue Trimestrielle de Droit Commercial    |
| Rev. trim. dr. eur. | Revue Trimestrielle de Droit Européen      |
| S.                  | Sirey                                      |
| (et) s.             | et suivant (e) s                           |
| Tr. adm.            | Tribunal administratif                     |
| Tr. com.            | Tribunal de commerce                       |
| Tr. corr.           | Tribunal correctionnel                     |
| T.G.I.              | Tribunal de grande instance                |
| v.                  | Voir                                       |
| v°                  | Verbo                                      |



## PREFACE

*Cet ouvrage vient à son heure.*

*Décrivant et analysant un droit positif qui est très largement prétorien, il va constituer une précieuse documentation de base pour ceux qui enseignent ce droit, pour ceux qui l'appliquent et surtout pour ceux qui doivent s'y conformer, c'est-à-dire les dirigeants d'entreprises et leurs conseils.*

*Relatant une expérience originale, menée à des fins et selon des modalités tout à fait nouvelles en France, l'ouvrage fournit aussi ample matière à réflexion. Le juriste s'interrogera sur les voies et moyens du droit de la concurrence et sur les mérites des solutions françaises en ce domaine. L'économiste pourra peut-être, à la lumière de cette expérience, tirer profit de quelques idées relatives aux conditions de la concurrence et à ses vertus réelles ou supposées ou encore aux possibilités et aux limites de l'économie de marché en France.*



*L'ambition de Madame Sélinisky a été de rendre compte, de manière fidèle et exhaustive, de la jurisprudence élaborée par la commission technique des ententes et des positions dominantes durant ses vingt-trois années de fonctionnement. Cet objectif est entièrement atteint, je puis en témoigner : toutes les règles et même toutes les idées, majeures ou mineures, énoncées par la commission dans ses avis ou dans ses rapports annuels, ont été reprises et classées, sans être déformées.*

Or cette jurisprudence constitue l'essentiel du droit positif applicable en une matière où les règles de fond sont tracées par la loi en termes très généraux, pour ne pas dire vagues. L'article 59 bis, devenu en 1977 l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 modifiée, définit en quelques lignes les pratiques anticoncurrentielles concertées qui sont constitutives de l'entente prohibée, ainsi que l'abus de position dominante, le terme d'«abus» n'étant d'ailleurs pas utilisé, mais seulement celui d'entrave au fonctionnement normal du marché. L'article 59 ter, devenu l'article 51, définit en termes non moins laconiques les deux hypothèses d'excuse absolutoire ou, selon l'expression de notre auteur, de « rachat » prévues respectivement en faveur des pratiques qui « résultent d'un texte législatif ou réglementaire » et de celles qui « ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité ».

L'énoncé de ces règles de fond n'a pas été modifié par la loi du 19 juillet 1977, et cela à dessein, comme le montrent les travaux parlementaires, afin de confirmer et conserver l'acquis de la jurisprudence construite sur ces textes. Aussi l'analyse faite de cette jurisprudence par Madame Sélinsky a-t-elle non seulement le mérite scientifique d'être fidèle et pertinente, mais surtout l'intérêt pratique d'exprimer un droit positif que l'on peut considérer comme toujours en vigueur.

Sans doute une jurisprudence est-elle, en principe, sujette à des infléchissements, voire à des revirements. Mais je peux exprimer sur ce point une conviction très nette : il n'y a pas à craindre ou à espérer que la commission de la concurrence, dont la composition actuelle est un gage de prudence et de sagesse, s'écarte notablement des voies tracées par la commission technique des ententes. Le ferait-elle qu'elle devrait, en outre, ne pas être contredite par le Conseil d'Etat, qui, rappelons-le, est depuis la loi de 1977 juge de pleine juridiction en la matière.

Pour le juriste, cette œuvre de la commission technique des ententes constitue matière à réflexion, dans trois directions que je me bornerai à esquisser.

Un premier sujet d'étonnement pour quiconque aborde les matières relevant du « droit de la concurrence » est de constater que, voulant servir la plus grande gloire de la liberté d'entreprendre, on apporte de très sérieuses restrictions à la liberté de contracter.

Ces restrictions sont réelles. Elles sont clairement ressenties par les hommes d'affaires américains et leurs conseils, qui ne manquent jamais, lors de la conclusion d'un accord de quelque importan-

ce, de se préoccuper des critiques possibles des autorités « anti-trust ». Elles commencent à être ressenties en Europe, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation de notification à Bruxelles de certains contrats. Elles suscitent peu de réactions en France, ce qui pourrait être simplement l'indice qu'elles sont encore largement ignorées.

Ces restrictions sont nécessaires, même et surtout si l'on croit aux vertus de l'économie de marché. Car la tendance naturelle d'une entreprise n'est pas forcément de s'engager dans une concurrence active avec les autres fournisseurs de produits ou services comparables, afin d'accroître sa part du marché concerné. Elle est souvent, au contraire, de rechercher quelque partage concerté du marché ou des limitations à la concurrence sur les prix, plutôt que d'entreprendre un contrôle plus strict de la gestion et des coûts ou d'attendre les fruits incertains d'un effort d'innovation. C'est cette tendance qu'il faut contrecarrer au moyen d'une règle de droit qui prohibe ou réprime les pratiques anticoncurrentielles.

Cette restriction à la liberté de comportement des entreprises repose en fin de compte sur l'idée morale que le profit n'est légitime que s'il récompense un succès économique réel et sur l'idée technique qu'un succès économique ne peut être tenu pour significatif que s'il a été obtenu dans le cadre du fonctionnement normal d'un marché concurrentiel. Ces idées se retrouvent dans les rapports ou avis de la commission technique des ententes lorsque celle-ci stigmatise toutes les formes de rentes de situation et reconnaît, au contraire, comme méritées et très souhaitables, outre les différentes formes de rentes d'innovation, la rente de compétitivité proprement dite, définie comme étant la marge de profit supplémentaire qui revient à l'entreprise la mieux placée opérant sur un marché où les prix s'établissent par le seul jeu de l'offre et de la demande.

Second sujet d'étonnement, en tout cas de réflexions : une véritable jurisprudence a été élaborée par un organisme qui n'était pas une juridiction, mais une simple commission administrative, dont le rôle était, au demeurant, seulement consultatif.

Le fait est indéniable. Il s'explique à mon avis : par la composition de la commission, judicieux équilibre entre magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire et personnalités venues de tous les horizons de la vie économique, les uns et les autres apportant d'ailleurs leur concours de manière pratiquement bénévole ; par l'obligation de motiver et par l'habitude immédiatement prise d'une motivation étoffée et explicative, dont le « style » et le raisonnement rappellent évidemment ceux des décisions de la juridiction administrative, et dont la rédaction a toujours été effectivement délibérée



de manière collégiale ; enfin et surtout, par l'obligation de publier les avis en même temps que les décisions ministérielles correspondantes, ce qui n'a pas peu contribué à la conformité de celles-ci avec ceux-là. La publication des rapports annuels, également délibérés par la commission dans leur rédaction même, a aussi contribué à la formation d'un corps de doctrine clairement énoncé.

Le système a été maintenu par le législateur de 1977, à mon avis à juste titre, car il a fait la preuve de son efficacité ou plus exactement de son adéquation à la matière à traiter. Le seul élément nouveau est la compétence de pleine juridiction attribuée au Conseil d'Etat à l'égard des décisions infligeant des amendes administratives : l'ensemble du dispositif est maintenant juridiquement impeccable.

Un troisième point sur lequel le juriste peut s'interroger est le problème de la saisine de la commission.

Hormis le cas de demande d'avis adressée à la commission par une juridiction qui a sursis à statuer en attendant cet avis, le pouvoir de saisir la commission, comme celui de déclencher l'action publique, était réservé au seul ministre. En outre, si la commission avait le pouvoir de se saisir d'office, elle ne pouvait en user contre le gré de l'Administration, cette dernière ayant seule les moyens de faire les enquêtes ou investigations indispensables. Ainsi ne sont imputables à la commission ni le nombre relativement peu élevé des avis émis, qui correspond évidemment à celui des saisines, ni le caractère apparemment aléatoire du choix des branches économiques mises en cause. Et l'on ne peut guère espérer que ce caractère aléatoire disparaisse par l'effet de la faculté de saisir la commission que la loi de 1977 a donnée aux collectivités territoriales et à certaines organisations professionnelles ou de consommateurs.

Cette constatation est grave. La loi prohibe certaines pratiques et prévoit, à l'encontre de ceux qui enfreindraient cette prohibition, des sanctions sévères. Mais il peut exister, il existe des secteurs entiers de l'économie, en tout cas de nombreux sous-secteurs, qui « bénéficient » d'une impunité de fait due à la simple abstention de l'administration. Cette omission de faire, cet « acte négatif » consistant à ne pas entreprendre une enquête, voire à ne pas la poursuivre, s'agissant de telle ou telle branche ou même de tel ou tel marché public, est évidemment aussi insaisissable qu'arbitraire.

Pareille situation et les soupçons, même non fondés, qu'elle autorise deviennent donc de moins en moins acceptables. Mais nul doute

que, dès ces prochaines années, le nombre des avis émis par la commission de la concurrence, la diversité des secteurs et la variété des sujets traités seront à cet égard rassurants.



Appelée à se prononcer au coup par coup sur des situations d'espèce, ne recevant du texte législatif à appliquer que des directives au demeurant peu contraignantes, la commission technique des ententes aurait pu éprouver le besoin, — ou succomber à la tentation —, de fonder ses solutions sur une théorie générale de la concurrence, énoncée en termes dogmatiques et absolus. Elle ne l'a pas fait, parce qu'elle s'est considérée comme un organisme majeur et responsable, auxiliaire de l'action gouvernementale, tenu de rechercher dans chaque cas la solution concrète qui fût à la fois exemplaire et la plus conforme à l'intérêt général, cette solution n'étant pas forcément fidèle à la pure doctrine de la concurrence.

Aussi bien les exemples étrangers lui ont-ils paru à cet égard constituer des repoussoirs significatifs : quiconque les a vus fonctionner de près a pu constater que, partout où la concurrence est érigée en principe général et absolu, mille et une dérogations lui sont apportées dans les textes ou dans les faits ou grâce à l'énorme soupape de la « rule of reason ». Bref, la religion de la concurrence est de celles qui suscitent de nombreux Tartuffe ; méfions-nous des faux dévôts (1).

Ce refus d'une prise de position très doctrinale n'a pas empêché la commission, comme l'analyse de Madame Sélinisky le montre bien, d'énoncer, chaque fois que l'occasion s'en est présentée, quelques vérités économiques mises en lumière par les situations examinées. Certaines d'entre elles doivent, dans la conjoncture actuelle, être rappelées eu égard aux enseignements qu'elles comportent.

La première est que la concurrence est un élément essentiel du fonctionnement d'une économie de marché ; que l'économie de marché a des vertus irremplaçables pour la régulation de la production et surtout de la distribution, pour leur adaptation aux situations, aux techniques, aux besoins nouveaux et, de manière générale, pour assurer les « redéploiements » de toute nature par lesquels s'obtient en fin de compte une productivité optimale.

---

(1) J'observe qu'à une seule exception, les ouvrages ou publications cités par Madame Sélinisky ne tombent pas dans ce travers.

*Mais, d'autre part, toutes ces vertus n'existent qu'à la condition qu'une concurrence puisse réellement s'instaurer entre producteurs ou fournisseurs de biens et services, c'est-à-dire entre vendeurs, ce qui suppose que l'offre, actuelle ou potentielle, de ces biens ou services puisse excéder, au moins marginalement, la demande. En d'autres termes, il faut qu'il existe, ou que puisse rapidement naître, un certain excédent des capacités de production par rapport aux besoins : les situations de pénurie n'appellent pas des solutions libérales.*

*Le deuxième enseignement qui mérite d'être rappelé est que l'objectif et, en tout cas, la conséquence fréquente de certaines pratiques anticoncurrentielles est de maintenir artificiellement en activité des entreprises de productivité médiocre, qui ne manqueraient pas de disparaître si la concurrence jouait normalement, et qu'ainsi se créent, au détriment du consommateur et de l'économie générale, des rentes de situation injustifiées au profit des entreprises dont la productivité est simplement normale.*

*Mais, d'autre part, le remède, en présence d'une situation donnée où subsistent effectivement de trop nombreuses entreprises dont la productivité n'est pas satisfaisante, n'est pas forcément d'utiliser la concurrence, sans transition et sans palliatifs, comme moyen de parvenir à une sorte de sélection naturelle : outre les conséquences et les réactions sociales qui peuvent en résulter, — et qui, finalement peuvent être très onéreuses du point de vue économique —, la commission a observé que la capacité de résistance financière d'une entreprise peut dépendre d'éléments autres que sa productivité propre ; il n'est donc pas certain que le grand souffle de la concurrence fasse tomber automatiquement et en priorité les entreprises économiquement les moins aptes à survivre ; la sélection naturelle n'est pas forcément la meilleure.*

*Un troisième enseignement concerne spécialement l'économie française, en ce que celle-ci n'est que très partiellement une économie de marché, une fraction considérable de la P.I.B. étant réalisée par les entreprises nationales ou dans des secteurs étroitement réglementés, selon des méthodes qui sont d'ailleurs trop souvent corporatistes, tels que, par exemple, l'agriculture ou les transports. La commission a été amenée à constater qu'entre les secteurs réglementés et « dirigistes » et les secteurs libres et, en principe, concurrentiels, non seulement se posaient des problèmes d'interface, où s'insinuent de multiples occasions d'anomalies et de rentes indues, mais surtout un effet de contagion se produit, et dans le mauvais sens : les habitudes corporatives ou anticoncurrentielles du secteur régle-*

*menté ont tendance à se poursuivre ou à se transposer dans le secteur libre ; la frontière n'est pas toujours très bien tracée, et les professionnels s'efforcent naturellement de la déplacer au détriment du secteur concurrentiel ; bref, il faut beaucoup de vigilance et d'énergie pour sauvegarder une économie de marché lorsque celle-ci est proche ou dépendante d'un secteur économique réglementé.*

*J'en viens ainsi à une dernière observation d'ordre économique, à mes yeux fondamentale. Les pratiques anti-concurrentielles censurées par la commission technique des ententes révèlent, de manière spectaculaire, parfois même caricaturale, les abus, les gaspillages, les pertes de substance, les inconvénients économiques de toute nature qui se produisent lorsque des entreprises privées parviennent à s'évader des contraintes de la concurrence et des disciplines d'une économie de marché. Mais cette constatation, faite à l'occasion de pratiques qui sont illicites, vaut tout aussi bien lorsque ces pratiques sont licites, c'est-à-dire dans tous les cas où les professionnels ont obtenu du législateur, sous une forme ou sous une autre, que leur activité soit réglementée, en particulier que l'accès à la profession soit plus ou moins fermé sous des prétextes divers.*

*Que tout ce qui constitue des biens ou services non marchands soit soustrait à la loi du marché, c'est dans la nature des choses, ce qui ne veut pas dire que ce soit toujours sans inconvénients. Que d'importants secteurs de l'économie soient dans la main de l'État, c'est sans doute souhaitable, en tout cas préférable à des monopoles privés, pourvu que la notion de prix de revient ne s'en trouve pas trop négligée. Que les activités agricoles s'accommodent mal, pour des raisons aussi bien techniques que sociales, d'une pleine liberté de la concurrence et des prix, c'est certain et cela se voit même dans les pays les plus férus de libre entreprise. Mais que d'autres activités, dont certaines représentent une charge importante pour le consommateur ou pour les frais généraux de la nation, obtiennent ou conservent des textes qui les soustraient aux lois de la concurrence et qui en font plus ou moins ouvertement des corporations, cela mérite d'être solennellement dénoncé. Il y a là en tout cas un handicap énorme pour l'économie française.*

*Il est vrai que, symétriquement, la situation qui vient d'être dénoncée correspond à une réserve de gains de productivité à réaliser. Car il est facile d'imaginer combien serait bénéfique la suppression de cette masse de rentes de situation provoquées et protégées par toutes ces réglementations professionnelles plus ou moins malthusiennes : en ce qui concerne ces professions elles-mêmes, y compris certaines professions libérales, la dynamique de la concurrence ne*



*manquerait pas d'accroître opportunément leur efficacité, voire d'entraîner une expansion de leur activité génératrice d'emplois nouveaux ; quant aux autres secteurs de l'économie et aux consommateurs, qui, actuellement, supportent le poids de ces rentes de situation, ils en seraient soulagés et bénéficieraient, directement ou indirectement, d'un allègement de leurs coûts.*



*S'il en est ainsi, ma conclusion, qui se veut optimiste, devient inévitablement politique. En ce qui concerne les pratiques anti-concurrentielles illicites, la loi et la jurisprudence, les organes et les procédures forment un ensemble qui appelle peu de critiques ; l'instrument est bon, mais il faut qu'il soit utilisé sans discriminations de fait et à une échelle suffisante. Restent les pratiques anti-concurrentielles licites : le moment est venu de s'y attaquer. Sur l'un et l'autre points, le succès est affaire de volonté politique. C'est notre espoir pour demain.*

*Juillet 1979.*

Claude LASRY

Président-adjoint de la section du contentieux  
du Conseil d'Etat.

Ancien président de la commission technique  
des ententes et des positions dominantes.

**« Pour mériter les sanctions du profit, il faut accepter les obligations de concurrence »**

*(Rapport de la Commission technique des ententes et des positions dominantes pour 1974, p. 1208).*

## INTRODUCTION

1. — D'origine récente, encore que l'on puisse en discerner les prémices dans l'antiquité (1), le droit des ententes est lié à la mutation économique par laquelle la société agricole et artisanale a cédé le pas à la société industrielle. Droit moderne, il est l'une des branches les plus anciennes du droit économique (2), le contrôle de la concentration apparaissant comme la plus récente (3). C'est là le moindre des paradoxes d'une discipline où ils abondent. En pleine formation, ce droit dont l'objet même, l'entente, est un phénomène protéiforme, incertain, mal connu, paraît poser plus de questions qu'il n'en résoud dans un pays où, par tradition historique et inclination nationale, la concertation reste préférée à la compétition, le secret à la transparence... où le monopole vient parfois, contre le vice, au

---

(1) Sur l'historique de la réglementation, cf. L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*, Paris 1928, p. 79 et s. ; B. GOLDMAN, « Concurrence (Droit) » in *Encyclopaedia universalis*, T. IV, p. 840. On peut constater que l'association entre la notion de concurrence et celle de lutte contre le renchérissement, l'accaparement des denrées et les monopoles s'est perpétuée jusqu'à une époque récente. En exagérant à peine, on peut estimer que le fossé est plus large entre les articles 59 bis et suivants (devenus 50 et 51) de l'ordonnance de 1945 et les articles 419 et 420 du Code pénal qu'entre ces derniers et la constitution de Zénon en 483 de notre ère.

(2) J.-B. BLAISE, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et dans le droit des communautés européennes*, L.G.D.J. 1964, n° 1 et s. Sur les diverses conceptions du droit économique, cf. notamment Cl. CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*, D. 1967, Chr. 125 ; G. FARJAT, *Droit économique*, P.U.F. 1971 ; F.-C. JEANTET, *Aspects du droit économique in Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, Dalloz 1961, p. 34 ; A. JACQUEMIN et G. SHRANS, *Le droit économique*, « Que sais-je ? », P.U.F. 1970.

(3) Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, J.O. LD, p. 3833 ; Décret d'application n° 77-1189, J.O. LD, p. 5223 ; circulaire du 14 févr. 1978, B.O.S.P. 1978, p. 825.

secours de la vertu ! (4) En vérité, l'organisation et l'union offrent des avantages : la coopération des entreprises permet de spécialiser les fabrications, financer d'ambitieux programmes d'investissements et de recherche, rationaliser les circuits de distribution, etc... Jouant le rôle d'un multiplicateur de puissance, l'entente permet à chaque firme du groupe de progresser d'une manière qui eût été impossible si elle était restée isolée ; aussi peut-elle produire plus et à moindre coût. L'entente constitue une source certaine de profits que nul ne songerait à contester si la collectivité était assurée d'en recueillir, au moins en partie, les bénéfices. Or, il est tentant pour les entreprises de confisquer ces profits et d'utiliser l'entente comme un instrument de domination du marché : le groupe se ferme sur lui-même, fixe arbitrairement des prix élevés, arrache des privilèges exorbitants aux fournisseurs, favorise certains clients, interdit ou freine l'entrée des concurrents dans la compétition, en un mot restreint la concurrence.

La volonté de maintenir la concurrence suppose, donc, le contrôle d'un phénomène qui peut être tout aussi bien nuisible ou bénéfique.

2. — Fondement du libéralisme économique, la concurrence, notion évolutive et ambiguë (5), s'exprime en droit positif par les deux principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté contractuelle. Dans une conception totalement libérale, cette liberté d'action va avoir pour conséquence d'autoriser les groupements d'entreprises qui auront précisément pour objet de la limiter. On constate ainsi le « paradoxe juridique du libéralisme » (6), qui, fondé sur la liberté des rapports économiques, aboutit à sa propre négation. Correctement exercée, cependant, la concurrence peut et doit constituer le moteur du progrès économique, technique, et même social, à condition que la collectivité participe aux profits obtenus par les

---

(4) MM. Jenny et Weber montrent comment la limitation de la réalisation et de l'exploitation des films pornographiques a été recherchée grâce à une concertation entre les pouvoirs publics et la profession cinématographique. Afin de juguler la demande, le nombre des places disponibles a été limité, ce qui revenait à accorder un monopole aux salles spécialisées, sans remédier à la situation et en permettant aux producteurs et distributeurs de ces films d'accroître leurs revenus (F. JENNY et A.-P. WEBER, *L'entreprise et les politiques de concurrence*, éd. d'organisation 1976, p. 17 et s.).

(5) Il n'est pas de notre propos de définir ici le concept de concurrence ; sur les aspects économiques, cf. notamment E. MALINVAUD, *Leçons de théorie microéconomique*, Dunod 1969 ; A. PIATIER, *Les formes modernes de la concurrence*, Gautier-Villars 1964 ; E.-H. CHAMBERLIN, *La théorie de la concurrence monopolistique*, P.U.F., 1953 ; J. HOUSSIAUX, *Le pouvoir de monopole*, Sirey, 1958 ; A. JACQUEMIN, *L'entreprise et son pouvoir de marché*, Préf. J. HOUSSIAUX, P.U.F. 1967. Sur l'ambiguïté de la notion, cf. J.-C. MULLER, *De la concurrence : un essai de démythification*, Cujas 1968 ; R. LE MOAL, *Contribution à l'étude d'un droit de concurrence*, Thèse, Rennes 1972.

(6) P. REUTER, *A propos des ententes commerciales*, Dr. soc. 1952, p. 442.

entreprises (7). La maintenir et la développer constituent des mesures indispensables destinées à « préserver le caractère libéral de notre économie » (8). Le droit doit intervenir pour fixer les « règles du jeu » ; mais la notion de référence a progressivement changé de sens. Ecartelé entre l'impossibilité d'assurer la concurrence pure et parfaite, qui relève de l'utopie, et le refus idéologique du monopole, le législateur limite généralement ses ambitions à la concurrence « praticable » ou « workable competition », concept proposé par J.-M. Clark, qui demeure assez mal défini (9), voire à une concurrence simplement « effective » (10) ou « suffisante » (11), notions imprécises qui ne peuvent être appréhendées qu'à travers le contenu des règles de droit.

3. — D'inspiration dirigiste, le droit moderne de la concurrence répond à la nécessité d'assurer un certain ordre public économique, celui de l'économie de marché (12). Au XX<sup>e</sup> siècle, les règles se sont multipliées, l'Etat interventionniste portant des atteintes de plus en plus nombreuses à la liberté du commerce et de l'industrie en les justifiant par la nécessité d'éviter les excès nuisibles au bien-être collectif et à la satisfaction des consommateurs (13). Le paradoxe consistant à établir des contraintes pour défendre le libéralisme n'est donc qu'apparent : la clé réside dans la prise de conscience du fait que le libéralisme économique n'est pas assimilable au libéralisme juridique mais repose sur le postulat que l'économie de marché est la meilleure manière de parvenir à l'allocation optimale des ressources. Il ne s'agit pas pour autant de supprimer la liberté, économique ou contractuelle (14), mais de l'aménager afin d'empêcher les abus liés à la dynamique de domination. L'interventionnisme juridique

---

(7) Il s'agit d'une pétition de principe, parfois discutée, que l'on retrouve à la base de tous les systèmes d'économie néolibérale, cf. F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 23 et s.

(8) Exposé des motifs du projet de loi relatif au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, Doc. Ass. Nat. n° 2388, p. 55.

(9) Cf. à ce propos les observations de Y. MORVAN *in* Economie industrielle, P.U.F. 1976, p. 37 et s.

(10) Art. premier, § 1, du projet de règlement européen sur le contrôle des concentrations, J.O.C.E., n° C 92 du 31 oct. 1973.

(11) Article 4 alinéa 2 de la loi n° 77-806 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, précitée.

(12) G. FARJAT, L'ordre public économique, Préf. B. GOLDMAN, L.G.D.J. 1963 ; J. SAVATIER, L'ordre public économique, D. 1965, Chr. 37.

(13) F. DREYFUS, L'interventionnisme économique, P.U.F. 1971 ; M. GUIBAL, La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie, A.J.D.A. 1972, p. 331 et s. ; F. DREYFUS, La liberté du commerce et de l'industrie, Berger-Levrault 1973, p. 13.

(14) Cf. les observations de G. FARJAT *in* L'ordre public économique, *op. cit.* n° 135 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, n° 35 *in fine*.



en matière économique ne signifie nullement le rejet du libre jeu des lois du marché mais, l'Etat étant responsable de l'environnement des entreprises, ce jeu ne peut être absolu (15) : il convient, au contraire, de canaliser les actions des entreprises dans un sens conforme à l'intérêt général. Le droit de la nouvelle concurrence se révèle donc très différent du droit libéral.

4. — Les règles présentées sont l'aboutissement d'une évolution déjà ancienne. Lié aux lois révolutionnaires qui ont aboli les corporations et affirmé la liberté du commerce et de l'industrie, l'article 419, inséré dans le Code pénal de 1810, constitue une première tentative de lutte contre certaines pratiques tendant à exercer une action néfaste sur le marché (16). Peu appliqué, il a toutefois permis aux tribunaux d'établir une distinction devenue classique entre les « bonnes » et les « mauvaises » ententes. En dépit de l'élargissement du domaine de l'infraction par une loi du 3 décembre 1926, l'article 419 est demeuré peu efficace dans la mesure, notamment, où les magistrats étaient mal armés pour appréhender des situations de plus en plus complexes (17) et où il se heurtait à un mouvement économique favorable aux fusions et aux concentrations. L'échec de ces dispositions ponctuelles et les perturbations qui amenèrent la grave crise économique des années 30 provoquèrent, de fait, une véritable prolifération des ententes (18) dont les gouvernements européens se servirent afin de réduire la production et de stabiliser les prix. Cette évolution persista en France qui connut, sous l'occupation, une forte résurgence du corporatisme. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, toutefois, la nécessité se fit pressante de restaurer les principes d'une saine économie mais l'idée selon laquelle les ententes peuvent être

---

(15) L'interventionnisme peut prendre la forme d'une planification indicative qui ne se substitue pas au marché mais supplée à ses manques et corrige ses insuffisances. La planification a d'ailleurs été placée par le VI<sup>e</sup> Plan sous le signe de la concurrence, condition du progrès, et le VII<sup>e</sup> Plan a réaffirmé la nécessité de promouvoir une politique plus vigoureuse et plus active de la concurrence (cf. les rapports des comités du VI<sup>e</sup> Plan et du VII<sup>e</sup> Plan, Doc. française 1971-1972 et 1976. Sur le plan, cf. M. FLEURIET, *Les techniques de l'économie concertée*, Sirey 1974, p. 6 ; H. JACQUOT, *Le statut juridique des plans français*, L.G.D.J. 1973 ; M. MIAILLE, *Les moyens administratifs d'exécution du plan*, thèse, Montpellier 1969).

(16) Les articles 419 et 420 du Code pénal visaient aussi bien les actions individuelles que collectives ; sur les champs d'application respectifs des articles 419 du Code pénal et 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945, cf. J.-B. BLAISE, *Le statut juridique des ententes*, op. cit.

(17) Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire*, D. 1963, Chr. 33.

(18) L'étude des avis de la Commission montre que de nombreuses ententes ayant réussi à se maintenir jusqu'à notre époque se sont constituées avant la deuxième, voire la première, guerre mondiale.

utiles à l'économie nationale a laissé des traces dans certaines réglementations (19) et, en France, dans les mentalités.

5. — On peut, dès lors, considérer que la première grande étape dans la réglementation de la concurrence résulte de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, dont l'objet essentiel était de réglementer les prix, par la fixation autoritaire ou le blocage ; ce texte comportait des mesures annexes concernant l'étiquetage et l'affichage, le stockage des marchandises et l'établissement des factures. Il s'agissait, dans une situation de pénurie et d'inflation, de permettre le rétablissement des équilibres économiques et monétaires essentiels (20). Un véritable contrôle du marché supposait, cependant, des mesures plus énergiques. Il est apparu nécessaire d'interdire les pratiques susceptibles de perturber le fonctionnement normal du marché : les pratiques individuelles, d'une part, telles que le refus de vente, la fixation autoritaire des prix de revente, les discriminations entre clients qui sont le reflet d'une relation de domination/dépendance (21) et les pratiques collectives, d'autre part. L'exemple des législations « anti-trust » américaine et canadienne incitait, en effet, les démocraties européennes à se doter des moyens propres à assurer la régulation des mécanismes du marché (22).

(19) Le droit allemand consacre des dispositions spéciales aux cartels de crise ; la loi sur la concurrence économique des Pays-Bas prévoit l'éventualité d'ententes forcées ; il en va de même en Belgique et même en France (art. 59 *ter* - 1°).

(20) X. de ROUX, D. VOILLEMOT et Th. VASSOGNE, *Le droit français de la concurrence*, Gide-Loyrette-Noel, 1975.

(21) Il n'est pas de notre propos de traiter des pratiques individuelles déloyales, abusives ou restrictives de la concurrence. Remarquons simplement que la législation française est très riche dans ce domaine et que de nombreuses pratiques, préjudiciables tant aux concurrents qu'aux consommateurs, ont été érigées en délits. Si le texte essentiel reste l'article 37-1-a) de l'ordonnance du 30 juin 1945, la loi n° 73-1193 du 27 déc. 1973, dite loi Royer, portant orientation du commerce et de l'artisanat, a institué dans son chapitre III relatif à l'amélioration des conditions de concurrence de nouvelles infractions dont certaines comme la publicité mensongère et la vente à prime, recourent des incriminations existantes. Cf. également la circulaire du 10 janv. 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises, B.O.S.P. 1978, p. 5. Sur ces questions, cf. notamment : P. DURAND, *L'évolution contemporaine du droit de la concurrence in Mélanges Paul Roubier*, T. II, p. 439 et s. ; J. HEMARD, *L'évolution contemporaine du droit de la concurrence in Mélanges offerts à Julliot de La Morandière*, Dalloz 1964, p. 215 ; J. CALAIS-AULOY, *Les ventes agressives*, D. 1970, Chr. 37 ; F. CAQUELIN, *Réglementation pénale en matière de promotion des ventes*, D. 1970, Chr. 21 ; M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal de la vente*, D. 1973 chr. 323 ; L. FOCSANEANU, *Encore les ventes avec primes*, J.C.P. 1972. I. 2483 ; J. CASEL, *Concurrence et réglementation des prix*, Dunod 1971 ; X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, *op. cit.*

(22) En Europe, l'Allemagne et la Norvège furent les seuls Etats à introduire dans leurs législations des règles anti-trust avant la première guerre mondiale, les autres pays se contentant de lutter ponctuellement contre certains abus ; les conditions économiques, bien différentes, certes, de celles des Etats-Unis tant du point de vue de la taille des entreprises que de celle des marchés nationaux, exigus et protégés par d'importants droits de douane, expliquent en partie ces résistances.

En France, les résistances furent si vives que le Parlement dut habilitier le Gouvernement, par la loi du 11 juillet 1953, à « prendre les mesures nécessaires relatives au maintien et au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale ». Au terme de longs atermoiements est enfin intervenu le décret du 9 août 1953, intégré pour des raisons techniques à l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix (23), qui prohibe les mauvaises ententes et en édicte la nullité mais valide les ententes réglementaires et celles qui participent au progrès économique. Dix ans plus tard, la loi de finances n° 63-628 rectificative pour 1963, « portant maintien de la stabilité économique et financière », est venue prohiber, dans les mêmes termes, l'abus de position dominante. L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 a complété ce dispositif en précisant et en assouplissant les conditions d'application de la réglementation, rapprochant de la sorte les textes français des dispositions correspondantes du Traité de Rome, signé le 25 mars 1957 aux fins d'aboutir à l'existence d'un marché unique couvrant les territoires de tous les pays membres (24).

6. — La réglementation française de la concurrence, relative aux comportements collectifs anticoncurrentiels, telle qu'elle résultait de ces différents textes, présentait l'originalité de combiner un système administratif de contrôle à un système judiciaire de répression. A la suite de l'échec des tribunaux dans l'application de l'article 419

---

(23) Les raisons de l'insertion du décret du 9 août 1953 dans l'ordonnance du 30 juin 1945 ont été l'objet d'intéressants développements, cf. notamment A. TOUFFAIT et J.-B. HERZOG, Le problème de la répression pénale des ententes économiques en droit français, J.C.P. 1967. 80491.

(24) Sur le droit communautaire, cf. en particulier : J.-B. BLAISE, thèse précitée ; A. BRAUN, A. GLEISS, M. HIRSH, Droit des ententes de la communauté économique européenne, Bruxelles-Paris 1967 ; N. CATALANO, Manuel de droit des communautés européennes, Dalloz - Sirey, 2ème éd. 1965 ; L. FOCSANEANU, Les ententes et pratiques concertées dans la C.E.E., R.M.C. 1962. 241 ; La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, R.M.C. 1975, p. 158, 221, 270, etc... ; R. FRANCESCHELLI, R. PLAISANT et J. LASSIER, Droit européen de la concurrence, Delmas, 1966 ; A. FRANÇON, Les ententes et les monopoles selon le Traité de Rome, Clunet 1962, p. 368 ; B. GOLDMAN, Droit commercial européen, Dalloz 3ème éd. 1975 ; J. GUYENOT, Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le Marché commun, L.G.D.J. 1971 ; J. HOUSIAUX, Concurrence et Marché commun, Paris 1960 ; F. JENNY et A.-P. WEBER, précité ; Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, Droit du commerce international, Paris 1969 ; X. de ROUX et D. VOILLEMOT, Le droit de la concurrence des communautés européennes, Juridictionnaires Joly 1972 ; R. SAINT-ESTEBEN, Droit communautaire et droits nationaux, préf. B. GOLDMAN, P.U.F. 1971 ; J. STOUFFLET, Les pratiques restrictives de la concurrence dans la C.E.E., Jur. Cl. dr. international Fasc. 164 G ; J. THIESING, H. SCHROTER et I. HOCHBAUM, Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E., Préf. A. TOUFFAIT, éd. Jupiter-Navarre, 1977 ; J. VANDAMME et H. GUERIN, La réglementation de la concurrence dans le Marché commun, P.U.F. 1974 ; M. WELBROECK in Le droit de la communauté économique européenne, vol. 4<sup>e</sup> : Concurrence, Presses universitaires, Bruxelles 1972.



du Code pénal, le législateur de 1953 a, en effet, dissocié les fonctions de constatation de l'infraction, confiées à un organisme administratif *ad hoc*, et de répression, qui sont restées l'apanage des juridictions répressives (25). La loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 a accru la complexité du système par la multiplication des autorités appelées à intervenir dans le contrôle des atteintes à la concurrence (26).

7. — Le décret du 9 août 1953, intégré à l'ordonnance n° 45-1483, a confié à un organisme administratif consultatif, spécialement constitué à cet effet, la mission de veiller à l'application de la réglementation des ententes. Cette solution paraissait préférable à celle consistant à créer une juridiction d'exception, difficile à insérer dans le cadre de l'organisation judiciaire, et dont on craignait qu'elle se transformât en un gouvernement des juges (27). Composée d'une façon assez hétérogène, la Commission technique des ententes (28) était chargée de donner au ministre de l'Economie et des Finances un avis, qu'il était libre de suivre ou de ne pas suivre, sur les situations qui lui étaient déférées. Elle devait se prononcer sur l'existence d'une entente illicite et formuler des recommandations, tandis que le ministre décidait des suites à donner : classement sans suite, transmission au parquet ou, depuis l'ordonnance du 28 septembre 1967, règlement amiable. Dès son premier rapport (29), la Commission technique (30), concevant son rôle comme plus éducatif que répressif, a estimé qu'elle devait essentiellement se comporter comme un « véritable conseiller économique dont les avis, remis au ministre, sont inspirés du souci de promouvoir un progrès économique effectif et possible dans l'intérêt du consommateur et de l'économie nationale ». Durant près de quinze ans, la Commission n'a recommandé aucun renvoi au parquet. A compter des années

---

(25) A. TOULEMON, Le décret du 9 août 1953 relatif au maintien et au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, *Rev. trim. dr. com.* 1954, chr., p. 289 et s. ; R. PLAISANT et P. BARBRY, Libre concurrence et ententes industrielles (décret du 9 août 1953), *D.* 1954, chr. 11 ; R. PRIEUR, Ententes et positions dominantes industrielles et commerciales, *Jur. Cl. sociétés*, Fasc. 178.

(26) V. SELINSKY, La répression des ententes illicites et des abus de position dominante en France, *J.C.P. (C.I.)* 1978. II. 12639 ; Dix ans de contrôle des ententes économiques en droit français, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, *Libr. techniques* 1978, p. 311 et s.

(27) A. TOUFFAIT et J.-B. HERZOG, La répression pénale des ententes, précité.

(28) H. DURAND, La Commission technique des ententes, *Dr. social* 1960, p. 65.

(29) Rapport pour 1954 et 1955, p. 3.

(30) La Commission technique des ententes et des positions dominantes sera désormais désignée sous le terme « la Commission » ; brevitas causa, nous désignerons désormais tout rapport de la Commission technique par le seul terme « Rapport » suivi de la mention de l'année à laquelle il a trait, les références complètes étant reportées en annexe.



1967-1970, ce type de recommandation est devenu, au contraire, relativement fréquent. La Commission disposait, toutefois, de moyens très modestes qui privaient la réglementation d'efficacité.

8. — Antérieurement à 1977, en effet, la répression était exclusivement judiciaire. Il appartenait au ministre, et à lui seul (31), d'engager des poursuites pénales fondées sur les dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945. Il pouvait également saisir les tribunaux en vue de l'application de l'article 419 du Code pénal, texte qui, pour les tiers lésés par les agissements d'une entente illicite, constituait le seul moyen de mettre en mouvement l'action publique. La rareté des recommandations de transmission au parquet, la lenteur de la procédure judiciaire, les hésitations des magistrats à prononcer des sanctions manifestement trop lourdes pour les personnes physiques, qui, seules, étaient pénalement punissables, ont non seulement privé la répression de toute efficacité mais également abouti à un recul du contrôle judiciaire (32). La loi du 19 juillet 1977 semble aller dans le même sens (33) en recourant à des autorités administratives. Une nouvelle instance, la Commission de la concurrence, se substitue à la Commission technique : jouissant d'une véritable autorité, de moyens renforcés et d'une compétence élargie, elle est appelée à jouer un rôle central pour toutes les questions de concurrence (34) ; organisme quasi-juridictionnel, elle doit jouer un rôle important au stade de la répression.

---

(31) Ce monopole, qui était d'abord un monopole de fait, a été reconnu au ministre par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967.

(32) Cf. l'article de Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, précité.

(33) Le système mis en place en 1977 doit pallier les inconvénients résultant de l'inadaptation et de l'inefficacité du système judiciaire de répression. Le nouveau mécanisme est, toutefois, particulièrement complexe dans la mesure où il adjoint au système traditionnel, maintenu avec quelques aménagements, un système administratif de répression. Le ministre de l'Economie et des Finances pourra désormais prononcer des sanctions administratives après avoir consulté la Commission de la concurrence ou, par une procédure « simplifiée » (cf. la circulaire du 14 févr. 1978 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, B.O.S.P. 1978, p. 82), sans avoir à demander d'avis sous certaines conditions. La loi lui reconnaît expressément un pouvoir d'injonction et de prescription. Les pouvoirs exorbitants conférés aux autorités administratives au détriment du juge pénal ont conduit le législateur à soumettre les décisions prononçant des sanctions au contrôle du juge administratif. L'ouverture du recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat (art. 56 nouveau), innovation spectaculaire, constitue une source possible de difficultés. La multiplication des sanctions applicables, pénales et administratives, et des autorités appelées à intervenir dans la répression des ententes risque de conduire à des contradictions ou à des dysharmonies jurisprudentielles regrettables. L'éventualité de conflits entre le juge pénal et le juge administratif n'est pas une hypothèse d'école mais paraît cependant assez théorique puisque le contrôle des ententes illicites et des abus de position dominante échappera probablement, de plus en plus souvent, aux juridictions répressives.

(34) R. BARRE, Communication devant la Commission spéciale (annexée au Rapport Le Theule, op. cit., p. 50).

9. — La réforme opérée par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 n'a, toutefois, pratiquement rien changé aux modalités de contrôle des comportements collectifs anticoncurrentiels. Ce texte parfait le dispositif législatif existant en améliorant la répression des infractions d'entente illicite et d'abus de position dominante, inefficace et inadapté, d'une part, et en instituant un contrôle de la concentration économique, d'autre part (35), dans le double souci d'assurer une croissance non inflationniste en préservant mieux la concurrence, condition de l'efficacité de l'outil économique et du mieux être de la collectivité. Le mécanisme même de contrôle des ententes et des positions dominantes n'a, cependant, pas été modifié car on a estimé qu'il répondait dans son principe à l'exigence de cohérence entre politique de développement et politique de concurrence (36). C'est dire que les méthodes originales de contrôle des comportements collectifs anti-concurrentiels, imaginées par le législateur de 1953, ne sont nullement désavouées, au contraire. Cette pérennité de la définition des infractions confère un grand intérêt à l'analyse de l'œuvre de la Commission technique dont la Commission de la concurrence aura nécessairement à s'inspirer.

10. — S'agissant de l'infraction d'abus de position dominante, on doit cependant constater une « pauvreté » quantitative de la « jurisprudence » (37) de la Commission technique. Ce délit a été institué par la loi n° 63-628 du 2 juillet qui prohibe

« les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci (38) une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par la concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché ».

Il n'est donc pas interdit d'acquérir une position dominante ; seul, l'abus est répréhensible. Or, la notion d'abus est très difficile à cerner. La richesse de la réglementation française de la concurrence permet, en outre, d'appréhender les manifestations abusives

---

(35) F.-C. JEANTET, Loi sur le contrôle des concentrations économiques en France, J.C.P. (C.I.) 1977. II. 12547 ; L. FOCSANEANU, Le contrôle de la concentration économique, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Libr. techniques 1978, p. 271 ; J. EPSTEIN, J. LASSIER et R. PLAISANT, Le contrôle des concentrations en France, D. 1978, Chr. 99.

(36) Exposé des motifs du projet de loi, Doc. Ass. Nat. n° 2388, p. 4 ; communication de M. R. Barre devant la Commission spéciale, annexée au Rapport Le Theule, Doc. Ass. Nat. n° 2954, p. 135.

(37) S'agissant d'un organisme administratif consultatif, le terme de « jurisprudence » est certainement impropre. Nous nous permettons néanmoins de l'employer à la suite de la Commission elle-même (cf. par exemple le rapport pour 1963, p. 4) et de nombreux auteurs ayant écrit à ce propos.

(38) Ce membre de phrase correspond à la rédaction résultant de la loi n° 77-806 du 19 juil. 1977 qui a élargi la définition de la position dominante.

des positions dominantes sans nécessairement recourir à la notion d'abus. Ces pratiques seront, le plus souvent, réprimées en tant que telles, notamment s'il s'agit de prix illicites (39), de pratiques discriminatoires ou d'un refus de vente, qui tombent sous le coup de l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945. Si l'échec relatif de la Commission technique dans ce domaine n'a, dès lors, pas grande importance, la matière est trop peu abondante pour inciter à entreprendre un examen approfondi de son apport (40).

11. — Nous réserverons donc notre observation à l'apport de la Commission à la définition de l'entente prohibée.

Le droit des ententes comporte, quel que soit le pays dans lequel il s'applique, un double objectif de clarté et d'équité. Il doit être clair afin que son application soit facile et que les entreprises puissent savoir, en toute certitude, quels types de comportements leur sont interdits. Il doit être équitable, et prendre en compte les circonstances particulières qui peuvent intervenir, pour ne pas freiner l'esprit d'entreprise. Or, ces deux objectifs sont difficiles à concilier car ils sont en partie contradictoires. Aussi les législateurs privilégient-ils tantôt l'un tantôt l'autre. Ceux qui optent pour la clarté édictent une condamnation automatique des comportements collectifs anticoncurrentiels ; ceux qui choisissent l'équité condamnent sélectivement les seuls comportements abusifs. Aux systèmes fondés sur une interdiction de principe, *per se*, s'opposent, donc, les systèmes d'abus.

L'interdiction de principe, *per se*, des ententes suppose, en principe, une définition précise des comportements répréhensibles. La méthode comporte l'avantage d'être facile à appliquer puisque les autorités de contrôle n'ont qu'à constater la matérialité des faits sans avoir à les interpréter d'une façon parfois hasardeuse. Ce type de réglementation a été préféré dans les pays de tradition anglosaxonne (41).

Diamétralement opposé au système précédent, celui de l'abus est fondé sur la conviction que l'entente n'est pas, en soi, répré-

---

(39) Une réglementation moins sophistiquée que la réglementation française peut ne pas permettre de sanctionner, en tant que telles, les pratiques sur les prix exercées par des entreprises puissantes. Seule, une condamnation pour abus de position dominante permet alors de réprimer ces comportements (cf. l'aff. Hoffmann - La Roche, décision du 9 juin 1976, J.O.C.E., n° L 222, 16 août 1976, p. 27).

(40) Cf. L. LAUGIER, La prohibition des abus de position dominante, Gaz. Pal. 1965. 2, doct. 99. Une étude intéressante a été faite sur le plan du droit européen par J.-P. DUBOIS, La position dominante et son abus, Préf. B. GOLDMAN, Libr. techniques 1968.

(41) Pour un examen d'ensemble des diverses politiques législatives en matière de concurrence, cf. l'intéressante étude de B. GOLDMAN in *Encyclopaedia universalis*, précité. Pour une étude comparative des pratiques interdites, tolérées ou admises dans huit Etats et dans la C.E.E., se reporter à l'ouvrage précité de F. JENNY et A.-P. WEBER, Titre IV, p. 153 et s.



hensible dans la mesure où elle peut contribuer à améliorer les conditions de production et de distribution. Seules, sont interdites les ententes qui abusent de la puissance que confère le groupement des forces en entravant la concurrence. On doit, dès lors, distinguer les « bonnes » ententes des « mauvaises » et il appartient aux autorités chargées de veiller à l'application de la réglementation de définir l'abus ; cette tâche est d'autant plus malaisée que les textes sont généralement rédigés en termes généraux et qu'il n'existe pas de méthode sûre pour mesurer les performances susceptibles de justifier les restrictions de concurrence.

12 — En vérité, si l'on examine l'application et non plus la seule lettre des textes, les deux méthodes sont moins opposées qu'il n'y paraît au premier abord. Les règles d'abus, d'une part, censées être plus équitables, peuvent conduire à l'arbitraire du fait des difficultés d'appréciation. Les règles d'interdiction automatique, d'autre part, n'imposent pas une condamnation de toutes les ententes, ou positions dominantes, sans discrimination. Dès 1911, aux Etats-Unis, la Cour suprême a ainsi posé la « règle de raison » selon laquelle une restriction du commerce n'est illicite que si elle est déraisonnable. Certaines pratiques, toutefois, continuent d'être condamnées *per se* dans la mesure où l'on ne peut jamais prétendre qu'elles sont raisonnables : c'est le cas des ententes horizontales de prix. Inversement, des législations comme celle de la Grande-Bretagne, qui énumère limitativement et précisément les restrictions qu'elle vise, n'interdisent, *a priori*, aucun de ces accords mais permettent de les annuler ou de les corriger s'ils sont contraires à l'intérêt public (42). En définitive, on retrouve toujours la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » ententes dont la meilleure expression est, peut-être, celle du droit communautaire, qui édicte dans l'article 85 § 1 une interdiction de portée générale visant les ententes susceptibles d'affecter la concurrence entre les Etats membres, tandis que le § 3 prévoit des autorisations, sous la forme d'exemptions par catégorie ou individuelles, au profit de celles qui contribuent à améliorer la production et la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une part importante et équitable du profit qui en résulte.

13. — Entre les deux méthodes, le droit français a opté pour le système de l'abus. Reprenant la distinction, dégagée par les juridictions répressives à propos de l'article 419 du Code pénal, entre les bonnes et les mauvaises ententes, le législateur de 1953 a fondé la

---

(42) La charge de la preuve de la conformité à l'intérêt public pèse sur les parties, cf. B. TEYSSIE, Le contrôle des ententes en Grande Bretagne, Rev. int. dr. comp. 1977, p. 689 et s.



définition de l'entente prohibée sur la combinaison d'un texte incriminateur, l'article 59 bis, et d'un texte justificatif, l'article 59 ter. Ces textes ont subi quelques modifications. L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 (43) a, en effet, élargi le champ d'application de la réglementation. La loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 a maintenu la définition des infractions, se contentant de modifier la numérotation des articles et d'élargir la définition des positions dominantes. On a estimé ce réaménagement suffisant dans la mesure où « le système existant répond dans son principe à l'exigence de cohérence entre politique de développement et politique de concurrence » (44).

En des termes assez vagues, l'article 59 bis, devenu l'article 50, prohibe depuis 1967

« les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » (45).

Non moins flou, l'article 59 ter, devenu l'article 51, prévoit deux faits justificatifs permettant d'échapper à la prohibition. Ils concernent les ententes, ou les activités d'une position dominante,

« 1°) lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire,

2°) dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier, lorsqu'elles ont eu pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité ».

Ni l'entente ni la position dominante ne sont, donc, interdites en elles-mêmes, *per se*. La prohibition vise exclusivement celles qui réunissant les conditions d'application de l'article 59 bis, devenu l'article 50, ne peuvent être « rachetées » au regard des dispositions de l'article 59 ter, devenu l'article 51. Compte tenu de l'imprécision des textes, le contenu de l'infraction punissable ne peut être dégagé par seule référence à la loi. Cette imprécision est voulue, certes, puisqu'elle est le fondement même des systèmes d'abus, mais elle ne laisse pas d'être gênante s'agissant d'un texte pénal dont l'inobservation comporte des risques pour les chefs d'entreprises. Signe

(43) Cf. J. GUYENOT, Commentaire de l'ordonnance n° 67-835 du 28 sept. 1967 D. 1967. L. 481; Les métamorphoses du système répressif des ententes industrielles et commerciales, in *Mélanges Voirin*, 1967, p. 301 et s. ; R. PLAISANT et J. LASSIER, L'ordonnance n° 67-835 du 28 sept. 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, J.C.P. 1968. I. 2148 ; P. BOUZAT, Concurrence, ententes professionnelles (commentaire de l'ordonnance du 28 sept. 1967), *Rev. trim. dr. com.* 1968, p. 185 et s.

(44) Communication précitée de M. R. BARRE devant la Commission spéciale.

(45) Suit une énumération exemplative des moyens d'entrave à la concurrence critiquables : obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente, effet de hausse ou de baisse artificielle, entrave au progrès technique, limitation de l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises. Sur l'intérêt de cette rédaction par rapport à la précédente, cf. *infra* n° 202 et s.

des temps, à l'économie de l'inquiétude répondrait « l'anxiété juridique » constatée par le doyen Carbonnier qui relève que « le droit pénal qui devrait être une source de certitude, une claire définition (par la négative) de la liberté des individus, a cessé de jouer ce rôle et joue maintenant le rôle inverse... Ses interdits sont trop pullulants, ses incriminations trop imprécises, et, qui plus est, conçues en terme de *tendances* (sont punissables tous les faits de *nature* à léser, qui *risquent* de léser telle valeur) » (46).

14. — L'insuffisance de la définition légale de l'entente prohibée, la relative rareté de la jurisprudence en ce domaine, rendent nécessaire la recherche d'une définition plus précise dans l'application de la loi par les autorités de contrôle. C'est donc essentiellement aux travaux de la Commission technique (47) que l'on doit se référer pour « découvrir » l'entente prohibée. La réforme intervenue en 1977 rend cette recherche plus que jamais indispensable car, la définition légale de l'infraction d'entente illicite étant demeurée identique, la Commission de la concurrence aura nécessairement à s'inspirer des « précédents » que constituent les avis de la Commission technique. Il importe, dès lors, que les entreprises les connaissent car elles doivent s'attendre, désormais, à une véritable répression qui les frappera, ès qualité, par le jeu des sanctions administratives, sans exclusion, pour autant, la répression pénale des dirigeants convaincus d'avoir participé directement ou indirectement à des agissements anticoncurrentiels.

15. — L'entente n'étant pas, en droit français, illicite par elle-même, la Commission technique s'est vue investie de la mission de caractériser l'abus constituant l'infraction punissable. Pour cela, deux méthodes sont concevables : l'une consiste à qualifier des ententes au fur et à mesure qu'elles se présentent en tenant compte de la situation économique et sociale du moment ; l'autre à déterminer des règles de qualification suffisamment précises pour que leur étude permette de cerner la notion d'entente prohibée.

Or, le droit des ententes étant, dans les systèmes d'abus, un instrument de politique économique, additionnel (48) ou privilégié (49), et non un moyen de faire respecter un principe intangible

(46) J. CARBONNIER, Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, L.G.D.J. 1969, p. 122.

(47) Cf. R. PLAISANT et J. LASSIER, Les trois premières années d'une politique des ententes, D. 1960. Chr. 11 ; Les rapports de la Commission technique des ententes, années 1956 à 1959, D. 1962. Chr. 31 ; G. DURRY, Le cinquième rapport de la Commission technique des ententes, J.C.P. 1964. I. 1858.

(48) M. ZIJLSTRA, Politique économique et problèmes de la concurrence dans la C.E.E. et les pays membres de la C.E.E. in C.E.E., Etudes série concurrence 2. 1966, p. 14 et 26.

(49) La circulaire du 10 janv. 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises, déclare ainsi que la concurrence, élément essentiel de l'économie du marché « constitue un instrument privilégié d'action économique et s'exerce à l'aide de mécanismes de plus en plus différenciés » (op. cit., p. 8).

ayant valeur de religion, on peut se demander si la définition de l'entente prohibée par un organisme administratif tel que la Commission ne dépend pas essentiellement de la conjoncture. Dans ces conditions, il n'y aurait pas de « définition » véritable de l'entente prohibée mais seulement constatation, au « coup par coup », de pratiques collectives dont la nocivité justifie l'incrimination. Pareille attitude est dangereuse pour la sécurité des entreprises qui ont précisément besoin d'être clairement informées sur les comportements qu'elles peuvent ou ne peuvent pas adopter sur le marché. La lecture des commentaires des auteurs est, *a priori*, peu encourageante. On y relève, en effet, soit l'observation du « caractère circonstanciel » de la sanction pénale « se modulant sur la conjoncture économique toujours mouvante » (50), soit la remarque selon laquelle il est difficile de trouver un équilibre plus idéal que celui réalisé par le droit français... « et moins définissable par les modestes moyens du juriste » (51), soit des considérations pessimistes sur « l'étonnante souplesse » de la doctrine de la Commission dont on souligne, par ailleurs, la « faillite honorable » (52) !

On peut supposer, en revanche, que l'importance de son rôle dans l'application d'un texte pénal a incité la Commission à préciser les conditions de l'infraction de telle manière qu'il soit possible, par l'analyse exhaustive des avis, de proposer une définition juridique de l'entente prohibée. Tel est notre pari. La présente recherche aura donc pour objet de vérifier l'existence de cette définition juridique de l'entente prohibée, par le décret du 9 août 1953, l'ordonnance du 28 septembre 1967 et la loi du 19 juillet 1977, à travers l'étude des avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes.

16. — Pour ce faire, nous devons, comme la Commission, partir de la définition très lâche donnée par la loi. Celle-ci édicte dans l'article 59 bis, devenu l'article 50 (53), qui constitue le texte incriminateur, une prohibition à l'encontre des ententes qui entravent ou sont susceptibles d'entraver la concurrence. L'entente prohibée par la loi est donc, en premier lieu, celle qui remplit les conditions exigées par ce texte (I). L'article 59 ter, devenu l'article 51, fait

---

(50) A. TOUFFAIT et J.-B. HERZOG, art. précité.

(51) R. PLAISANT et J. LASSIER, Les rapports de la Commission technique des ententes, précité, p. 36.

(52) J. CARTELL et P.-Y. COSSE, La concurrence capitaliste, Seuil, « coll. Points » 1973, p. 123 et s.

(53) La modification dans la numérotation des articles n'étant intervenue qu'en 1977, nous nous référerons tout au long de cette étude aux articles 59 bis et ter. Afin de souligner la permanence de la définition légale de l'entente prohibée, nous adopterons, toutefois, dans les titres la formule utilisée par la Commission elle-même dans ses derniers avis (article 59 bis devenu l'article 50 ; article 59 ter devenu l'article 51).

cependant échapper à la prohibition les ententes qui, mettant en œuvre des restrictions de concurrence, sont justifiées par le fait qu'elles résultent d'un texte législatif ou réglementaire ou par leur contribution au progrès économique. L'entente prohibée est alors, en second lieu, celle qui ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de ces faits justificatifs (II).

*Première partie :* L'entente prohibée remplit les conditions exigées par l'article 59 bis (devenu article 50).

*Deuxième partie :* L'entente prohibée ne remplit pas les conditions exigées par l'article 59 ter (devenu l'article 51).





## PREMIÈRE PARTIE

L'entente prohibée remplit les conditions  
exigées par l'article 59 bis devenu  
l'article 50



17. — L'article 59 bis, devenu l'article 50, édicte une prohibition à l'encontre des

« actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».

La première lecture du texte fait apparaître l'exigence de deux éléments constitutifs du délit : « l'entente », d'une part ; l'entrave à la concurrence, d'autre part.

18. — L'article 59 bis ne vise, en premier lieu, que les comportements collectifs à l'exclusion des comportements individuels qui relèvent d'autres textes. Le terme générique d'« entente », unanimement employé par les auteurs et par les rapports de la Commission pour désigner ce phénomène collectif, recouvre en fait une réalité fort mal connue que les termes mêmes du texte incriminateur ne contribuent pas à préciser. L'« entente » peut être un contrat, notion bien connue des juristes, mais peut aussi se présenter sous des formes plus originales. De nombreuses questions se posent alors, dont, notamment, celle du « dépistage » de l'entente à travers les techniques adoptées. Il est indispensable d'en dégager les éléments de qualification. Il nous appartient, donc, de rechercher à travers les avis rendus depuis 1954 une définition précise de la notion d'« entente » qui pourrait éclairer les entreprises désireuses d'agir collectivement sur le marché.

19. — Le deuxième élément constitutif du délit est l'entrave à la concurrence, réelle ou potentielle. Initialement cette entrave s'analysait exclusivement comme un effet néfaste sur les prix. L'article 59 bis, dans sa première rédaction, prohibait seulement, en effet, les entraves apportées au plein exercice de la concurrence « en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix ». L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967, rapprochant le texte français de la rédaction de l'article 85 du Traité de Rome, a élargi l'incrimination en prohibant les comportements collectifs ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet

« d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment :

- en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente ;
- en favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix ;
- en entravant le progrès technique ;
- en limitant l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises ».



La nouvelle rédaction, toujours en vigueur après la loi du 19 juillet 1977, englobe l'ancienne incrimination. La liste des moyens d'entrave à la concurrence n'est pas limitative. Exemplative, elle ne permet pas, à elle seule, de cerner la notion d'entrave à la concurrence et, une fois encore, l'étude des avis devient nécessaire ; nous rechercherons à la fois si, antérieurement à 1967, la Commission assimilait effectivement l'entrave à la concurrence à l'effet néfaste des pratiques sur les prix et à quels types de situations s'appliquent, aujourd'hui, les nouveaux critères d'incrimination.

20. — Un examen très attentif du texte incriminateur fait apparaître l'existence d'une troisième condition, généralement passée sous silence. En déclarant que l'entente est prohibée lorsqu'elle « a pour objet ou peut avoir pour effet » une entrave à la concurrence, l'article 59 bis subordonne l'incrimination à l'exigence d'une imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence. Si cette analyse est exacte, l'entrave à la concurrence non imputable à l'entente ne devrait pas tomber sous le coup de la prohibition. L'hypothèse paraissait d'école en 1953. Or, la Commission a effectivement eu à se prononcer sur ce problème à plusieurs reprises. Il convient d'examiner les solutions qu'elle a proposées.

21. — La qualification d'entente prohibée par l'article 59 bis suppose, donc, la réunion de ces trois conditions dont la Commission a eu à préciser le contenu. Nous étudierons tour à tour :

— l'« entente », première condition d'application de l'article 59 bis (Titre I) ;

— l'entrave à la concurrence, deuxième condition d'application de l'article 59 bis (Titre II) ;

— l'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence, troisième condition d'application de l'article 59 bis (Titre III).

## TITRE I

### PREMIERE CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 bis DEvenu L'ARTICLE 50

#### Existence d'une "entente"

22. — L'article 59 bis, devenu l'article 50 de l'ordonnance de 1945, vise les « actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions ». L'existence d'un phénomène collectif, habituellement désigné sous le terme générique d'« entente », constitue, donc, la première condition d'application de l'article 59 bis. La condition n'est pas suffisante, certes, pour que le délit soit constitué puisqu'il faut pour cela que l'entente entrave la concurrence ; elle est, cependant, nécessaire ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Commission relative aux offres de principe non concertées : s'il n'y a pas eu « entente » entre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, même suivies simultanément, l'article 59 bis est inapplicable quelle que soit la gravité de l'entrave (1).

23. — Il importe de cerner au plus près la notion d'entente, préalablement à toute appréciation de ses comportements. Du texte lui-même il est impossible de dégager une définition, les termes employés étant extrêmement généraux. Des définitions, proposées par la doctrine, présentent un intérêt certain mais aucune n'envisage exclusivement le phénomène du point de vue de l'article 59 bis, qui, seul, nous préoccupe (2). Il convient donc, pour résoudre le pro-

---

(1) Rapport pour 1972 ; infra, n° 219.

(2) Une notion juridique de l'entente économique a cependant été dégagée par M. le Professeur Blaise en ce qui concerne le phénomène d'entente visé à la fois par les articles 59 bis et suivants de l'ordonnance de 1945 et les articles 65 C.E.C.A. et 85 C.E.E., J.-B. BLAISE, Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des communautés européennes, thèse précitée, p. 240 et s.

blème, d'étudier la jurisprudence de la Commission. Les avis, en particulier, présentent un intérêt documentaire remarquable par la masse d'informations qu'ils contiennent. Mais peut-on aller au-delà de la simple description et en tirer une définition générale de la notion d'entente visée à l'article 59 bis de l'ordonnance de 1945 ? La Commission a-t-elle, dans ses avis et ses rapports, dégagé des caractéristiques, voire des conditions communes qui permettraient de « colorer » l'entente susceptible de tomber sous le coup de la prohibition édictée par ce texte ? Telle est la question essentielle à laquelle nous nous proposons de répondre. La recherche de ces éventuels éléments « caractérisants » de l'entente, au sens de l'article 59 bis, sera orientée dans une double direction : celle de l'organisation de l'entente, le terme devant être entendu dans un sens très large, et celle de son expression, c'est-à-dire des formes ou des modalités par lesquelles elle se manifeste.

Nous procéderons donc successivement à :

— la recherche des conditions relatives à l'organisation de l'entente visée à l'article 59 bis (Sous-Titre I) ;

— la recherche des conditions relatives à l'expression de l'entente visée à l'article 59 bis (Sous-Titre II).

## **SOUS-TITRE I**

---

### **CONDITIONS RELATIVES A L'ORGANISATION DE L'ENTENTE VISEE A L'ARTICLE 59 bis**

24. — La recherche d'éléments permettant éventuellement de caractériser l'entente au sens de l'article 59 bis s'intéresse en premier lieu à son organisation. Les avis rendus depuis 1954 constituent une importante source de renseignements mais la question est de savoir s'ils permettent de répondre à tous les problèmes que pose la qualification d'entente.

Notre propos sera donc non seulement de rechercher comment, en pratique, sont organisées les ententes examinées par la Commission, mais aussi, à travers l'application qu'elle a faite de l'article 59 bis, les conditions ou les caractères relatifs à cette organisation. A cet égard, l'analyse des travaux de la Commission conduit à distinguer trois principaux centres d'intérêt : les participants à l'entente, son domaine d'intervention et l'objet de l'accord conclu entre les membres.

25. — Les problèmes relatifs aux participants doivent être examinés en premier lieu. Le terme d'« entente » évoque, en effet, un phénomène collectif mais il ne doit pas faire oublier que, derrière le groupement, ce sont des personnes qui agissent. Il est donc indispensable de rechercher si la Commission subordonne la qualification d'entente à des conditions particulières relatives à ceux qui la composent (Chapitre I). Cette question résolue, nous envisagerons l'entente du point de vue de son domaine d'intervention. De nombreuses affaires soumises à l'examen de la Commission interviennent dans des secteurs dont le moins que l'on puisse dire est qu'il ne s'agit



pas de secteurs-clé de l'économie française (1). Le fait a été relevé, non sans quelque ironie, et l'accent mis sur la « faillite honorable de la Commission » (2). Cette situation, imputable à la faiblesse des moyens d'investigation, tend aujourd'hui à se modifier (Chapitre II). Nous nous intéresserons, enfin, à l'objet des accords conclus entre des entreprises aux fins de substituer aux actions isolées une discipline collective de comportement et nous rechercherons si la Commission tient compte de cet objet pour la qualification d'entente (Chapitre III).

---

(1) C'est le cas par exemple des affaires « Jantes et guidons pour cycles » (Avis du 19 avr. 1958 et du 22 oct. 1965), « Faux et faucilles » (Avis du 17 mars 1961), « Fourches et crocs » (Avis du 16 nov. 1961), « Echelles en bois » (Avis du 19 mai 1967), etc... *Brevitatis causa*, les références complètes des avis cités sont reportées en annexe à la bibliographie.

(2) J. CARTELL et P.-Y. COSSE, *op. cit.*, p. 123 et s.

## CHAPITRE I

### CONDITIONS RELATIVES AUX PARTICIPANTS A L'ENTENTE

26.— Il est intéressant de rechercher, en premier lieu, si l'« entente » visée à l'article 59 bis peut être caractérisée par ses participants. Deux questions distinctes se posent alors selon que l'on examine chaque participant individuellement ou l'ensemble qu'ils forment au sein de l'entente.

Si l'on considère chaque participant d'un point de vue strictement individuel, il faut envisager l'incidence éventuelle de la nature juridique de chacun sur la qualification d'entente au regard de l'article 59 bis (Section 1).

Si l'on considère, au contraire, le groupe que constituent les participants à l'entente, on constate que des relations diverses se nouent entre ceux qui sont situés au même stade du processus économique et ceux qui sont placés à des stades différents. La prise en considération du niveau du processus économique où sont placées les entreprises conduit traditionnellement à opérer une distinction entre les accords « horizontaux » et « verticaux ». La question est de savoir si ces deux catégories peuvent être également qualifiées d'entente au regard du texte. Nous rechercherons donc si les positions économiques respectives des participants ont une influence sur la qualification d'entente au sens de l'article 59 bis (Section 2).

## SECTION I

INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'« ENTENTE »  
DE LA NATURE JURIDIQUE DE  
CHAQUE PARTICIPANT

27. — Une première approche du phénomène que constitue l'entente consiste à examiner s'il est possible de la caractériser en fonction de la nature juridique de chaque participant. L'analyse des avis conduit à distinguer, à cet égard, deux stades différents du contrôle des ententes : celui de l'incrimination (§ 1) et celui de la répression (§ 2).

§ 1. — Incidence de la nature juridique de chaque participant  
au stade de l'incrimination

28. — L'article 59 bis est très général et ne fait pas de distinction ; mais on pourrait imaginer que la Commission prenne en compte la nature juridique des participants à l'entente au stade de l'incrimination et traite différemment les personnes physiques et les personnes morales. Or, si l'on examine attentivement sa jurisprudence, on se rend compte qu'elle ne se préoccupe absolument pas de la nature juridique des personnes en cause. Le rapport pour 1976 souligne, d'ailleurs, que sa mission consiste à se prononcer sur le caractère répréhensible de certains faits et non sur les responsabilités pouvant peser sur certaines personnes. Il admet, toutefois, que l'on ne peut ignorer totalement les auteurs des pratiques et que les avis sont souvent amenés à désigner certains participants aux ententes constatées (1). En pratique, les avis ne donnent aucun exemple d'entente constituée entre des personnes physiques (2). Les participants à l'entente sont des « entreprises », *lato sensu*, regroupées dans des organisations professionnelles lorsque l'entente se constitue dans des secteurs économiques faiblement concentrés, ou bien liées par un réseau de conventions si elle se manifeste dans un secteur fortement concentré (3). Il convient de relever que c'est seulement en 1975 que le problème des participants à l'entente a été directement abordé à propos des affaires « Gobeleterie » et « Ficelles » (4).

---

(1) Rapport pour 1976, p. 983.

(2) Il en irait différemment, sans doute, s'il s'était trouvé que des participants à une entente soient des entreprises exploitées individuellement par des personnes physiques.

(3) Rapport pour 1977, p. 1080 et s.

(4) Avis « Gobeleterie », du 16 avr. 1975 ; « Ficelles », du 4 juin 1975.

29. — Sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 59 bis les « membres » de l'entente, c'est-à-dire les entreprises entre lesquelles l'entente restreint la concurrence du fait de leur concertation.

La qualité de participant peut, cependant, être étendue à d'autres personnes. Il s'agit, en premier lieu, de celles qui interviennent comme co-auteurs de l'infraction. Ainsi, le fournisseur qui restreint la concurrence sera-t-il considéré comme participant, dans son propre intérêt, à l'entente constituée grâce à lui entre ses clients (5) ; de même sera considéré comme participant celui qui porte atteinte à la concurrence existant entre les clients de ses membres (6). Il s'agit, en second lieu, des personnes qui se rendent complices de l'infraction perpétrée en apportant leur concours actif (7) ou même passif (8) à une entente.

Si la nature juridique de chaque participant n'a ainsi aucune incidence sur la qualification d'entente, il importe, en revanche, de déterminer les auteurs des pratiques. La loi prévoit, en effet, que les rapports des rapporteurs doivent être communiqués aux « parties intéressées » (9). Ce problème n'a pas échappé à la Commission technique qui a tenu à préciser, à partir de 1975, la notion de « participant » à une entente : toute participation à des agissements anticoncurrentiels, soit directe (membres), soit indirecte (co-auteurs ou complices), est critiquable. Sans doute l'incrimination proprement dite est-elle de la seule compétence du juge pénal mais la Commission s'est toujours reconnu le droit de mentionner ceux des participants à l'entente dont les responsabilités lui paraissent les plus lourdes ou les plus légères (10).

---

(5) Avis « Fiorio », du 8 nov. 1974 ; « Bancs Bee-line » du 17 déc. 1976.

(6) Avis « Laboratoires de développement et de tirage de photos couleur », du 28 févr. 1975.

(7) Un cabinet juridique concourant à la mise en œuvre de pratiques d'entente sera donc considéré comme un « participant » (Avis « Ficelles », précité).

(8) Des fabricants, ayant appris que des grossistes en entente ont fait état sans leur accord d'une approbation donnée à leurs pratiques et de sanctions qu'ils seraient prêts à prendre contre ceux qui ne respecteraient pas les accords, et qui ne démentent pas ces allégations contribuent à l'efficacité de l'entente et sont également considérés comme des « participants » (Avis « Gobeletterie », précité).

(9) La détermination des participants revêt encore plus d'importance depuis la mise en place du nouveau système répressif par la loi du 19 juillet 1977 : le ministre de l'Economie et des Finances peut, en effet, prononcer les sanctions administratives recommandées par la Commission de la concurrence ; cet élargissement des pouvoirs de l'administration va de pair avec une meilleure prise en compte des droits de la défense. L'article 16 de la loi dispose que la procédure doit avoir un caractère pleinement contradictoire à l'égard de toute partie intéressée ; il convient, alors, de savoir qui sont ces parties intéressées (sur ces questions cf. V. SELINSKY, La répression des ententes illicites et des abus de position dominante en France, précité).

(10) Rapport pour 1977, p. 1981.



## § 2. — Incidence de la nature juridique de chaque participant au stade de la répression

30. — Une « entente » est composée d'entreprises, constituées sous des formes juridiques diverses (11). Les avis sont parfois imprécis ; tous mettent en cause des personnes morales.

31. — Le droit français est, en principe, hostile à une responsabilité pénale, fût-elle à incidence exclusivement pécuniaire, des personnes morales qui aurait pour effet de frapper, à travers cette personne, des individus n'ayant pas participé à l'infraction et n'ayant même parfois aucune possibilité de l'empêcher. La jurisprudence reste attachée à ce principe (12) dont les conséquences pratiques sont très importantes : en particulier, lorsque le fonctionnement d'une personne morale a donné lieu à une infraction, les dirigeants ou préposés qui y ont participé ne sont pas poursuivis et condamnés « *ès qualité* » mais en leur nom personnel (13). Des textes spéciaux, cependant, ont apporté des dérogations à ce principe, notamment en matière d'infractions économiques. On a pu dire des ordonnances de 1945 (14) qu'elles constituaient sur ce plan des « innovations spectaculaires » (15). La loi pénale vise parfois, au-delà de la personne morale, l'entreprise « *sujet de droit naissant* » (16). Or, les avis de la Commission, ainsi que les décisions du ministre de l'Economie et des Finances qui leur font suite, sont généralement adressées aux « *entreprises membres de l'entente* ». Il semble donc qu'au stade de la répression comme de l'incrimination les membres de l'entente soient les mêmes. Jusqu'à la réforme opérée par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, cependant, seuls les dirigeants ou les préposés des entreprises constituant l'entente étaient pénalement poursuivis. Les peines prévues, en raison de leur caractère de sanctions pénales, ne frappaient pas les personnes morales membres de l'entente (17).

32. — Le système de répression des ententes illicites antérieur à la loi du 19 juillet 1977 était inadapté à ses objectifs et porteur

---

(11) *Infra*, n° 128 et s.

(12) Cass. crim. 27 févr. 1968, Bull. 1968, n° 61.

(13) La jurisprudence a parfois porté atteinte à ce principe en décidant que les personnes morales peuvent être pénalement responsables des infractions purement matérielles commises par leurs représentants légaux (Cass. crim. 25 avr. 1968, J.C.P. 1969. II. 16.100, note PUECH) car la loi punit les infractions matérielles « *indépendamment de toute intention* » (Cass. crim. 6 mars 1958, D. 1958, 465).

(14) Ordonnance du 5 mai, du 30 mai et du 30 juin.

(15) R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 2<sup>e</sup> éd. 1973, n° 562 et s.

(16) M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse 1956, n° 167 et s.

(17) Peuvent, en revanche, être appliquées à des personnes morales des sanctions telles que l'interdiction d'exercer la profession à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise (article 49 al. 2 de l'ordonnance du 30 juin 1945) et les sanctions administratives des articles 53 à 55 nouveaux intégrés à l'ordonnance du 30 juin 1945 par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977.

d'une grave contradiction dans la mesure où les personnes pénalement poursuivies étaient les seules personnes physiques et non les entreprises auteurs de l'infraction (18). La nature juridique de chaque participant à l'entente n'avait, toutefois, d'incidence qu'au stade de la répression et n'intéressait pas la qualification d'entente par la Commission. Le système actuel de répression contribue à rapprocher le droit de la réalité économique puisque, si les personnes pénalement punissables restent les mêmes, les sanctions administratives frapperont directement les entreprises coupables de s'être livrées à des agissements anticoncurrentiels. La répression atteindra désormais plus souvent les personnes morales.

33. — On retiendra de l'ensemble de ces observations que la nature juridique des participants peut être prise en considération au stade de la répression mais ne peut, en aucun cas, constituer un élément de caractérisation du phénomène collectif qu'est l'entente. La Commission a une conception très compréhensive de la notion de « participants » (19) ; établir une distinction entre eux fondée sur leur nature juridique aurait conduit à limiter, sans raison, la portée de la réglementation.

## SECTION 2

### INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'ENTENTE, DES POSITIONS ECONOMIQUES RESPECTIVES DES PARTICIPANTS

34. — On peut tenter une approche différente de la notion d'entente en considérant non plus la nature juridique de chaque participant mais les positions économiques qu'ils occupent les uns par rapport aux autres. De ce point de vue, on établit traditionnellement une distinction entre deux processus de concentration des forces économiques : concentration horizontale, réalisée grâce à des accords d'union conclus entre des entreprises situées au même stade du processus économique (union entre producteurs, entre distributeurs, etc...), et concentration verticale reposant sur des accords de dépendance entre des entreprises situées à des stades dif-

(18) J.-B. BLAISE, note sous T.G.I. Paris, 12e corr. 19 juin 1969, J.C.P. 1970. II. 16474 ; exposé des motifs du projet de loi n° 2388, p. 4 ; sur le nouveau dispositif de répression des ententes illicites et des abus de position dominante, cf. V. SELINSKY, op. cit. loc. cit.

(19) Les entreprises ayant simplement facilité les agissements anticoncurrentiels sans s'être directement livrées à des pratiques interdites tombent sous le coup de la prohibition (Rapport pour 1975, p. 998).

férents du processus économique (producteurs et distributeurs, par exemple). Cela conduit à distinguer deux catégories d'ententes, en fonction à la fois des techniques adoptées pour se rendre maître du marché (20) et de la place qu'occupent respectivement les membres sur ce marché : ainsi oppose-t-on les ententes « horizontales » aux ententes « verticales ». La question est de savoir si cette distinction peut servir à caractériser l'entente visée à l'article 59 bis.

35. — Le problème de la soumission à l'article 59 bis des accords réalisant une « intégration verticale » (21) divise les auteurs. Pour certains, ces formules d'intégration reposant sur des accords d'exclusivité (22) sont dénuées d'effets néfastes sur l'efficacité (23) et n'affectent pas la concurrence : l'application du droit de la concurrence serait donc sans objet. Pour d'autres, cette catégorie d'accords ou de pratiques relèverait bien du droit de la concurrence mais non du droit des ententes. De fait, en droit français, il existe une répartition jurisprudentielle entre les accords verticaux, qui devraient tomber exclusivement sous le coup de l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 et l'article 59 bis, applicable aux seules ententes horizontales. Cette répartition a son origine dans l'arrêt rendu le 7 février 1961 par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire

---

(20) Dans une économie capitaliste, la concentration peut se réaliser de différentes façons : accumulation des capitaux dans les mêmes mains, contrôle financier ou contrôle du marché. Le phénomène particulier de concentration par contrôle du marché peut lui-même être considéré sous un double aspect ; ainsi, selon M. FARJAT (*Droit économique*, P.U.F. 1971, p. 136 et s.), ce phénomène constitue-t-il à la fois une conséquence nécessaire des processus de concentration que sont l'accumulation des capitaux et le contrôle financier, et un processus de concentration autonome dont les ententes représentent l'instrument privilégié. En effet, de petites entreprises pourront s'entendre pour acquérir, développer ou exercer le contrôle du marché : l'entente devient alors une arme tantôt défensive (contre des partenaires ou des concurrents eux-mêmes concentrés), tantôt offensive (contre des partenaires ou des concurrents dispersés) ; inversement, des entreprises déjà concentrées peuvent constituer une entente pour accroître leur pouvoir sur le marché. Le choix des moyens pour parvenir à ce contrôle (accords d'union entre concurrents, de dépendance avec des partenaires commerciaux) dépend des objectifs visés et de la structure du marché. (Cf. également Cl. CHAMPAUD, *Les méthodes de groupement des sociétés*, *Rev. trim. dr. com.* 1967, p. 1002).

(21) M. Champaud a montré comment la concession commerciale constitue une « formule d'intégration », les entreprises concédantes et concessionnaires formant une seule unité économique (Cl. CHAMPAUD, *La concession commerciale*, *Rev. trim. dr. com.*, 1963, n° 62, p. 445).

(22) F.-C. JEANTET, *Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité*, *J.C.P.* 1963. I. 1743.

(23) En théorie économique, certains auteurs estiment en effet que l'intégration verticale peut conduire à des effets positifs et, d'une façon générale, ne peut avoir d'effets néfastes sur l'efficacité : par conséquent, ces relations n'ont pas lieu de conduire à une réglementation publique cf. par exemple, W.-F. MUELLER, *Public policy towards vertical mergers* in F. WESTON et S. PELTZMAN, *Public policy towards mergers*, Goodyear publishing Co, Pacific Palisades, Calif. 1969, p. 51.

« Nicolas-Brandt » : la Cour devait trancher la question de savoir si le contrat de concession commerciale pouvait être envisagé au regard de l'article 59 bis. Elle s'y est catégoriquement refusée en déclarant que « les liens qui obligent (une) société et son concessionnaire ne sauraient être assimilés à ceux qui caractérisent l'action concertée définie par la loi » (24). La concession commerciale, réalisant un accord vertical, ne pouvait donc être qualifiée d'entente et la création d'un réseau de concessionnaires exclusifs était considérée comme « un moyen d' action isolée d'une firme de production sur le circuit de distribution afin de parvenir à la commercialisation des produits qu'elle fabrique ». On était donc en présence d'une pratique individuelle et il n'y avait pas lieu de considérer les rapports d'ensemble de la société concédante avec le réseau de ses concessionnaires. Depuis lors, la répartition jurisprudentielle s'est maintenue et les accords verticaux sont considérés comme des pratiques individuelles ne pouvant, par le fait même, être envisagées au regard du droit des ententes. La réforme opérée par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 (25) n'a pas conduit à revenir sur cette répartition (26). Il y aurait donc une dysharmonie sur ce point entre le droit français et le droit communautaire (27), d'autant moins justifiée que rien dans l'article 59 bis ne permet d'établir des qualifications différentes en fonction des positions économiques respectives des participants.

36. — A la question de savoir si l'on doit traiter différemment les accords horizontaux et les accords verticaux, deux séries d'observations permettent d'apporter une réponse. La première résulte de la constatation que, dans les cas où il est difficile de savoir si l'on est en présence d'accords horizontaux ou verticaux, la Commission applique l'article 59 bis et retient la qualification d'entente sans se préoccuper des positions économiques des participants (§1). La seconde tient au fait que, même dans les cas où la situation est net-

---

(24) Cf. J. GUYENOT, *Le contrat de concession commerciale*, Sirey 1968, n° 324 et s. ; du même auteur, *Le droit des ententes industrielles et commerciales*, Doss. Thémis, P.U.F. 1972, p. 48.

(25) Ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 (J.C.P. 1967. III. 33457) prise en application de la loi du 22 juin 1967 (J.C.P. 1967. III. 33148).

(26) R. PLAISANT et J. LASSIER, *L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence*, J.C.P. 1968. I. 2148.

(27) En droit communautaire, la soumission des ententes verticales aux règles de concurrence est affirmée depuis l'affaire « Grundig » (aff. 56-64 et 58-64, 13 juillet 1966, Rec. 1966. 429). Par ailleurs des cas d'ententes complexes comportant des accords d'exclusivité ont été soumis à la Commission de la C.E.E. et n'ont pas été autorisés (R. FRANCESCHELLI, R. PLAISANT et J. LASSIER, *Droit européen de la concurrence*, Delmas 1967 n° 210 ; cf. les observations de B. GOLDMAN, *Les contrats d'exclusivité in Les ententes à l'échelle européenne*, Institut d'administration des entreprises, Dunod 1967, p. 33).



tement caractérisée, la Commission n'en tire pas argument pour limiter la qualification d'entente aux accords horizontaux et la rejeter, corrélativement, lorsque les accords sont verticaux (§ 2).

**§ 1. — La difficulté de déterminer si l'entente est horizontale ou verticale ne s'oppose pas à sa qualification au regard de l'article 59 bis**

37. — L'examen des affaires étudiées par la Commission révèle qu'une distinction entre ententes « horizontales » et « verticales » en fonction des positions économiques des participants et de la nature de leurs accords est parfois difficile à faire. Traditionnellement, les positions respectivement occupées par les participants constituent le premier critère : l'entente est horizontale lorsqu'ils sont situés au même niveau du processus économique, verticale s'ils sont à des niveaux différents. A ce critère s'ajoute celui de la nature des accords conclus entre les participants : ceux qui sont situés au même niveau du processus économique sont liés par des accords d'union, les autres par des accords de dépendance.

38. — En pratique, la recherche d'un pouvoir accru sur le marché conduit les entrepreneurs à tenter d'obtenir le contrôle du ou des marchés concernés par la combinaison de techniques juridiques diverses, permettant non seulement de maximiser les profits mais également d'en assurer la sécurité. M. le professeur Farjat a montré (28) comment cet objectif peut être atteint par un processus de concentration réalisé soit par une restructuration obtenue grâce à la mise en œuvre des mécanismes classiques de concentration, c'est-à-dire par l'accumulation des capitaux dans les mêmes mains ou par la prise de contrôle financier ou patrimonial des unités existantes, soit plus indirectement par la voie d'accords de collaboration ou de dépendance. L'entente, généralement considérée comme un moyen d'organisation des marchés par l'union de ses adhérents, constitue également un instrument de contrôle du marché.

39. — Sur le plan juridique, l'entente ne peut évidemment être assimilée à une opération de concentration. Celle-ci aboutit, en effet, à l'apparition d'une nouvelle unité et réalise une modification structurelle ; l'entente, au contraire, a un fondement contractuel ; plus souple, elle se fait ou se défait au gré de la conjoncture économique et des convenances des participants. Ceux pour lesquels elle se révèle moins rentable qu'ils ne l'espéraient pourront toujours y échapper. A l'inverse d'une concentration, qui ne permet pas d'échap-

---

(28) G. FARJAT, *Droit économique*, op. cit., p. 120 et s.

patoire et sur laquelle il est bien difficile de revenir en fait, l'accord sur lequel repose l'entente est plus facile à résilier en droit ou à méconnaître en pratique qu'un contrat ordinaire dans la mesure où il est généralement illicite et occulte.

À l'égard des tiers, une entente est, en tout cas, plus nocive qu'une opération de concentration parce qu'elle n'est pas publique. Les tiers ne sont donc pas clairement informés de la situation qui prévaut sur le marché et peuvent croire à la réalité d'une concurrence effective alors que les lois du marché sont faussées par l'existence de l'entente.

Sur le plan économique, cette dernière peut avoir des effets très comparables à ceux qui résulteraient d'une concentration grâce à la puissance résultant du regroupement des forces qui permet à l'entente d'imposer ses conditions à ses partenaires ou ses concurrents et lui confère une puissance redoutable. Pour plus d'efficacité, l'entente ne se limite pas à la conclusion d'accords de collaboration mais repose aussi, dans de nombreux cas, sur des conventions de dépendance ou d'intégration. Une classification fondée sur la distinction traditionnelle entre accords horizontaux et verticaux devient alors très difficile, voire impossible. Dans ces hypothèses, la Commission admet qu'il y a « entente » au regard de l'article 59 bis sans permettre une qualification nette d'entente « horizontale » ou « verticale ».

Cette qualification est retenue à l'égard de celles qui renforcent les accords horizontaux par des accords verticaux, de celles qui combinent différentes techniques de concentration horizontale et verticale et, enfin, de celles qui se révèlent inclassables au regard de la distinction entre accords horizontaux ou verticaux.

#### A. — APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE AUX ACCORDS HORIZONTALS RENFORCÉS PAR DES ACCORDS VERTICAUX

40. — Les exemples d'ententes reposant sur des accords horizontaux, entre opérateurs situés au même stade du processus économique, renforcés par des accords verticaux, ne sont pas rares dans la jurisprudence de la Commission. Ils sont vraisemblablement aussi fréquents dans la vie économique. Le pouvoir conféré aux entreprises par le regroupement en entente leur permet de s'imposer à des opérateurs situés tantôt en amont, tantôt en aval. La subordination économique de ceux-ci à l'entente sera d'autant plus forte qu'ils ne sont pas eux-mêmes regroupés. La situation ainsi créée a des effets assimilables à ceux qui résulteraient d'un processus de concentration verticale, dite descendante ou ascendante selon que l'initiative de l'opération est prise par des entreprises situées au sommet ou à la base du processus économique. Dans la plupart des cas envisagés, l'aspect horizontal prime l'aspect vertical, mais il est

parfois difficile de se prononcer, notamment lorsque des accords verticaux lient deux ententes reposant sur des accords horizontaux. Dans l'affaire « Bois du Nord » (29), par exemple, l'entente entre importateurs français était liée par un contrat d'exclusivité réciproque à son fournisseur, une entente étrangère : les membres de l'entente française s'engageaient à n'acheter du bois du Nord qu'aux entreprises membres de l'entente suédoise qui s'obligeait, en contrepartie, à ne vendre qu'aux importateurs adhérents de l'entente française ; la méconnaissance de ces engagements était pécuniairement sanctionnée. Il est bien difficile de déterminer, en l'espèce, si l'on est en présence d'une entente ayant les effets d'une concentration verticale ascendante ou descendante faute de savoir si l'initiative de l'accord et le pouvoir de contrôle de l'ensemble du marché appartenaient à la base (entente entre les revendeurs) ou au sommet (entente entre les fournisseurs). On observera, d'ailleurs, qu'en présence d'une concentration au sens strict, le profit peut opportunément être déplacé vers le haut ou vers le bas alors que l'entente ne peut subsister que s'il y a répartition des profits entre ses membres. En ce qui concerne l'entente « Bois du Nord », il est vraisemblable que chaque groupement trouvait un intérêt équivalent à l'accord : garantie d'écoulement des produits en France pour les fournisseurs, quasi-monopole de revente sur le territoire national pour les importateurs. La Commission n'a d'ailleurs tenu aucun compte de la prédominance de l'aspect horizontal ou vertical pour la qualification de l'entente.

41. — Les ententes ayant des effets assimilables à un processus de concentration verticale descendante sont celles qui reposent sur des accords horizontaux entre producteurs, renforcés par des accords verticaux aboutissant à placer les distributeurs sous leur dépendance.

Cet objectif sera atteint par différents procédés contractuels. Par le jeu de clauses d'agrément, par exemple, les distributeurs peuvent être placés sous l'entière subordination des producteurs qui s'entendent pour adopter une politique commune relative aux prix et aux conditions de vente de leurs produits : la concurrence peut alors disparaître au stade du négoce, même s'il n'y a pas d'entente entre les distributeurs, du seul fait de leur situation de dépendance (30).

Les clauses d'exclusivité permettent d'aboutir au même résultat : l'avis « Levure de panification » (31) relève que les négociants, liés à l'entente des fabricants, bénéficiaient d'une exclusivité de revente dans une zone territoriale déterminée en contrepartie de l'obligation d'approvisionner tous les boulangers de ce secteur. La Com-

---

(29) Avis « Bois du Nord » du 17 déc. 1960.

(30) Avis « Amiante-ciment », du 16 juin 1967 ; « Semoulerie », du 22 févr. 1964.

(31) Premier avis « Levure de panification » du 24 sept. 1955.

mission précise que cette organisation « ne constitue pas une entente spéciale mais découle nécessairement des mesures prises au stade de la production ».

La dépendance des distributeurs peut, enfin, résulter de l'obligation faite aux distributeurs agréés de respecter un certain quota de vente. L'avis « Raccords en fonte » (32) en offre un bon exemple : il résultait des accords conclus entre l'entente des producteurs et l'association des négociants que les premiers ne pouvaient vendre qu'aux distributeurs ayant traité un tonnage minimum au cours des deux années précédentes. On peut d'ailleurs se demander s'il n'existait pas, en l'espèce, une entente horizontale entre les négociants, les accords de dépendance jouant alors entre deux ententes.

42. — Les ententes peuvent avoir des effets analogues à ceux d'une concentration verticale ascendante lorsque, constituées entre des entreprises puissantes situées au stade du gros ou du détail, elles parviennent à imposer leurs conditions aux fournisseurs situés en amont. Le cas est illustré par l'affaire « Marché de la langouste » (33) : des mareyeurs avaient constitué un groupement de fait en vue de l'achat en commun des langoustes et conclu, avec les pêcheurs, des contrats qui assuraient à l'entente un droit exclusif sur la totalité de la pêche, en contrepartie de la garantie d'un prix minimum annuel. Les pêcheurs étaient ainsi assurés d'écouler la totalité de leur pêche au prix minimum fixé, même en cas de surproduction. L'accord horizontal entre les mareyeurs, considérablement renforcé par les accords verticaux conclus avec les pêcheurs, conférait à l'entente un monopole de fait pour l'approvisionnement en langouste. On doit observer que, lorsqu'une entente parvient à dominer le marché en amont ou en aval, il en résulte un effet de concentration verticale imparfaite dans la mesure où le profit n'est pas équitablement réparti entre les divers opérateurs mais appartient essentiellement aux entreprises en situation de domination.

## B. — APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE AUX ACCORDS COMBINANT DIFFÉRENTES TECHNIQUES DE CONCENTRATION

43. — Certains entrepreneurs, afin de contrôler plus efficacement le marché, combinent différentes techniques : une « entente » peut ainsi se constituer entre des entreprises mettant, par ailleurs, en œuvre un processus de concentration au sens strict. La distinction entre ententes « horizontales » ou « verticales » ne parvient plus, dès lors, à rendre compte de la réalité et la question de savoir si l'aspect

(32) Avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960.

(33) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.



horizontal prédomine sur l'aspect vertical n'a plus grand intérêt. Ce qui importe, c'est surtout le fait que la concentration des forces économiques confère une puissance redoutable au groupement et lui permet de porter plus efficacement atteinte à la concurrence.

Cette multiplication, au sein d'un groupement, de différentes techniques, directes ou indirectes, de concentration n'a aucune incidence sur la qualification d'entente (34). Le seul obstacle à cette qualification réside dans le fait que le processus de concentration a favorisé l'émergence d'une position dominante. La comparaison des deux avis successivement rendus à propos de l'affaire « Jantes et guidons » (35) en offre un exemple. Lors du premier examen, en effet, l'entente comportait huit membres regroupés au sein de la S.A.R.L. « Union des fabricants d'accessoires du cycle ». Lors du deuxième avis, elle ne comportait plus que quatre adhérents, toujours groupés dans la même société, sans qu'il y ait eu, apparemment, aucun retrait. Il ne restait plus, d'ailleurs, dans le domaine des jantes que deux entreprises dont la première assurait 75 % des livraisons et détenait 60 % du capital de la seconde. La concentration était telle, dans ce secteur, que la Commission a envisagé les atteintes portées à la concurrence au regard des dispositions relatives à l'abus de position dominante. L'entente qui subsistait entre l'entreprise dominant le marché des jantes et les trois fabricants de guidons avait, pour sa part, une structure plutôt verticale du fait de la subordination des trois firmes qui se trouvaient, en fait, dans la position de sous-traitants à l'égard de l'entreprise dominante.

#### C. — APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE AUX ACCORDS INCLASSABLES AU REGARD DE LA DISTINCTION ENTRE ENTENTES HORIZONTALES ET VERTICALES

44. — Certains accords sont inclassables au regard de la distinction entre ententes horizontales et verticales, trop schématique pour permettre de rendre compte des situations complexes. La Commission retient la qualification d'entente sans prêter attention au fait que des accords d'union peuvent exister entre des opérateurs situés à des niveaux différents du processus économique ou, inversement, que des opérateurs situés au même niveau peuvent être en situation de dépendance les uns par rapport aux autres.

---

(34) Avis « Munitions de chasse et de tir » du 18 janv. 1964 : l'entente était constituée de sept fabricants, dont deux avaient cessé toute fabrication et distribuaient sous leur propre marque les produits d'une troisième, qui contrôlait deux autres entreprises adhérentes ; il ne restait donc plus que trois producteurs indépendants dont l'un occupait une position dominante sur le marché.

(35) Cf. les deux avis « Jantes et guidons », des 19 avr. 1968 et 22 oc. 1965.

45. — Plusieurs avis illustrent l'inadaptation de la distinction entre ententes horizontales et verticales. Il en est ainsi d'une entente constituée entre deux producteurs, leur distributeur exclusif et un utilisateur du produit. L'entente paraît verticale. La société distributrice est, toutefois, constituée par parts égales entre les producteurs et l'utilisateur est une filiale commune aux producteurs et au distributeur (36). Le « moule » des ententes horizontales ou verticales se révèle, ici, trop étroit.

La même observation peut être faite à propos d'une entente constituée entre des titulaires de brevets ou de marques, un licencié exclusif et plusieurs sous-licenciés (37) : si l'on ne considère que les positions économiques respectives des participants, on admettra l'existence d'une entente verticale ; mais ceux-ci étaient regroupés au sein d'un syndicat professionnel : or, l'on estime, en général, que les organisations professionnelles ont pour base des accords d'union, caractéristiques des ententes horizontales (38). On se trouverait donc en face d'une catégorie hybride d'entente, verticale par ses membres, horizontale par son objet ! Inversement, dans le cas d'une entente constituée, à l'initiative du concédant, entre concessionnaires de procédés de préfabrication, l'entente est horizontale par ses membres, mais elle est verticale par son objet, dans la mesure où elle permet au fournisseur unique de réaliser une intégration verticale (39).

Le seul fait que l'entente regroupe des opérateurs situés au même stade du processus économique ne doit donc pas faire conclure trop hâtivement au caractère « horizontal » de l'accord. L'affaire des « Huiles usagées » est, à cet égard, significative (40). L'entente était constituée, en l'espèce, entre deux groupes de fabricants de produits destinés au même usage (lubrifiants pour moteurs et industriels) regroupés au sein d'une S.A.R.L. dont le capital était réparti entre eux selon une exacte parité se retrouvant au niveau de la composition des organes dirigeants. L'avis a, toutefois, estimé que

« la parité nominale... (recouvrait) nécessairement, eu égard à l'inégalité considérable de puissance économique entre les deux professions et à la cohésion plus grande de la seconde, une prépondérance de fait des raffineurs ».

Ce serait alors une erreur de retenir l'existence d'un accord horizontal de collaboration lorsque l'inégalité économique entre les deux groupes professionnels concurrents adhérents de l'entente est si marquée que celle-ci place nécessairement les plus faibles sous l'entière dépendance des plus forts.

(36) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.

(37) Avis « Fil mousse de nylon » du 22 juin 1962.

(38) G. FARJAT, *Droit économique*, op. cit., loc. cit.

(39) Avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974 : l'entente regroupait dans un même G.I.E. une entreprise concédante, titulaire de licences (contrats de franchise industrielle) et les concessionnaires exclusifs de ses procédés de préfabrication.

(40) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

46. — On constate, à travers ces exemples, que la distinction entre ententes horizontales et verticales, fondée sur la prise en considération des positions économiques respectives des opérateurs, ne rend pas toujours compte de la réalité. Cette distinction a le mérite de la clarté mais ne permet pas d'appréhender les situations complexes. Son intérêt est donc essentiellement didactique et la Commission ne pouvait subordonner la qualification d'entente, au regard de l'article 59 bis, à une première qualification fondée sur le caractère horizontal ou vertical des accords sans restreindre considérablement la portée de la réglementation à appliquer.

## § 2. — La qualification d'entente s'applique aussi bien aux accords horizontaux qu'aux accords verticaux

47. — La distinction entre ententes horizontales et verticales, inadéquate dans certains cas, s'applique parfaitement bien, en revanche, à un grand nombre d'affaires examinées par la Commission. Celle-ci a eu, en effet, à qualifier des accords d'union conclus entre des opérateurs situés au même niveau du processus économique et des accords de dépendance entre opérateurs situés à des stades différents de ce processus.

48. — La qualification d'entente appliquée aux accords horizontaux n'a jamais posé de problèmes. Rares sont, en revanche, les avis qui envisagent la qualification des accords verticaux et c'est seulement en 1974 que la question a été tranchée par la Commission.

### A. — APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE AUX ACCORDS HORIZONTAUX

49. — Les affaires examinées par la Commission offrent un grand nombre d'exemples d'ententes dont la structure correspond à la définition classique de l'entente horizontale : elles réunissent des entreprises concurrentes, c'est-à-dire que toutes poursuivent un but identique et exercent des activités situées au même stade du processus économique, et reposent sur des accords d'union dont l'objet est de substituer à la concurrence existant normalement entre elles une discipline collective de comportement.

50. — On distingue généralement plusieurs types d'accords horizontaux en fonction de leur objet : certains déterminent les règles applicables à l'activité des membres, d'autres les modalités communes de commercialisation des produits ou services couverts par l'entente (41), d'autres, plus rares, ont pour objet une répartition des

---

(41) Certaines ententes horizontales perfectionnées ne se contentent pas d'élaborer des règles communes mais confient la gestion de leurs accords ou la commercialisation de leurs produits à un organe central qui s'interposera entre les membres de l'entente et les fournisseurs ou les clients (infra, n° 152 et s.).



bénéfices. Cette classification théorique des différentes catégories de « cartels » (42) se retrouve au niveau des cas soumis à la Commission. On constate que la qualification d'entente a été appliquée sans toutefois qu'une quelconque référence au caractère horizontal de l'accord permette de considérer cet élément comme déterminant. Ce n'est donc pas le caractère horizontal qui impose la qualification d'entente.

## B. — APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE AUX ACCORDS VERTICAUX

51. — La « rareté » des accords verticaux envisagés dans les avis de la Commission est telle que l'on peut se demander si elle ne se refusait pas, implicitement, à les soumettre à l'article 59 bis. Le problème n'a été explicitement posé qu'en 1974. A bien examiner les avis, on constate cependant que la Commission avait déjà eu à qualifier, au regard de l'article 59 bis, des groupements d'entreprises intervenant à différents niveaux du processus économique : sans se prononcer sur le caractère vertical des accords, elle a qualifié ces groupements d'ententes (43).

52. — La problème de la soumission des accords verticaux à l'article 59 bis n'a été explicitement abordé qu'en 1974, à l'occasion de l'affaire « Tuiles et briques » (44). La Commission devait, en l'espèce, se prononcer sur des accords conclus entre un groupe de

(42) Cf. en particulier, J.-B. BLAISE, op cit., n° 105 ; infra, n° 106 et s.

(43) Cf. les avis : « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », des 20 janv. et 5 juil. 1967 : les participants à l'entente, producteurs et distributeurs, étaient groupés au sein de plusieurs personnes morales ; la structure de l'entente était complexe ; son action sur le marché a été rendue possible par l'intervention conjuguée de trois organismes dont deux constitués uniquement entre producteurs tandis que le dernier regroupait producteurs et négociants dans une association dénommée « groupement interprofessionnel pour l'approvisionnement ». Ce dernier organisme n'avait pas pour rôle de vendre mais d'élaborer un tarif des prix de vente minimum au stade du négoce et de le faire appliquer.

« Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961 : entente constituée entre deux groupements professionnels exerçant des activités connexes et complémentaires, non situés au même stade du processus économique : les transitaires réservaient la totalité de leur trafic aux armateurs auprès desquels ils étaient agréés, tout manquement à l'obligation d'exclusivité leur faisant perdre cet accréditement.

Cf. également l'avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958 : l'avis traite essentiellement de l'entente constituée entre intermédiaires de publicité (accord horizontal) ; cette entente n'a, cependant, pu fonctionner efficacement que grâce à la collaboration du groupe des professionnels de la presse qui constituait, vraisemblablement, une autre entente horizontale. Entre les deux, l'accord est bien « vertical » ; les professionnels de la presse ont, d'ailleurs, apporté tout leur appui aux règles professionnelles imposées par les publicitaires, leur donnant ainsi une réelle force coercitive. Cette attitude était, sans doute, en relation avec la concurrence faite par d'autres supports publicitaires).

(44) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.



fabricants vendeurs et un groupe de négociants acheteurs. Comme le souligne le rapport pour 1974 (45), les principaux griefs retenus tiennent, en l'espèce, au caractère interprofessionnel de l'accord : cela revient à reconnaître que les accords verticaux, comme les accords horizontaux, peuvent avoir une influence néfaste sur le jeu de la concurrence. Le droit de la concurrence leur est, donc, applicable. L'article 59 bis, par ailleurs, n'impose aucunement l'exclusion des accords verticaux puisqu'il vise indifféremment les « actions concertées, conventions, etc... », sans considération des positions économiques respectives des participants. Aucune raison, d'ordre économique ou juridique, n'explique que les accords verticaux ne puissent être qualifiés d'entente au sens de l'article 59 bis. Il semble, en fait, que les difficultés de qualification d'entente appliquée aux accords verticaux soient étroitement liées aux origines de la répartition opérée entre les articles 59 bis et 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945. Lors de l'arrêt Nicolas-Brandt du 7 février 1961 (46), en effet, la question de la qualification d'entente s'est posée à propos du cas particulier du contrat de concession commerciale. Or, ce type de convention, ainsi que les clauses d'exclusivité qu'il suppose généralement, présente incontestablement des avantages sur le plan de l'organisation des circuits de distribution (47). Entre deux solutions consistant l'une à qualifier d'entente au regard de l'article 59 bis la concession commerciale pour la « racheter » éventuellement, *a posteriori*, au regard de l'article 59 ter compte tenu de ses effets bénéfiques, l'autre à favoriser cette forme d'intégration en sanctionnant seulement ses manifestations pathologiques sur le fondement de l'article 37, 1<sup>o</sup>, a) prohibant le refus de vente, la jurisprudence a opté pour la seconde. La première aurait nécessité l'établissement d'un « bilan économique » d'ensemble délicat à effectuer ; la qualification d'entente, par ailleurs, n'était pas dissociée, à cette époque, de la qualification d'entrave à la concurrence (48) : qualifier d'entente le contrat de concession commerciale équivalait, alors, à en faire, *a priori*, une « mauvaise » entente, même s'il existait une possibilité de « rachat » ultérieur. La Cour de Paris a, donc, exclu ce type de contrat du champ d'application du droit des ententes en sa qualité d'action non pas concertée, mais, au contraire, isolée. L'arrêt a affirmé que, même en envisageant les rapports d'ensemble du concédant et de ses concessionnaires, cette situation ne pouvait apparaître comme relevant de la réglementation des ententes car la

---

(45) Rapport pour 1974, p. 1207.

(46) Paris, 7 févr. 1961, concl. J. ROBIN, précité.

(47) Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit., n<sup>o</sup> 318 et s. B. GOLDMAN, op. cit., loc. cit.

(48) Depuis 1974, la spécificité de la condition d'entrave à la concurrence apparaît pleinement. Il en résulte que la qualification d'« entente », au sens de l'article 59 bis, n'entraîne pas sa condamnation au regard de ce texte. L'entente n'est pas « mauvaise » *ès-qualité* : si elle n'entrave pas la concurrence, elle est *a priori* licite (Rapport pour 1974, p. 1207).

création d'un réseau de concessionnaires exclusifs « n'est qu'un moyen d'action isolée d'une firme de production sur le circuit de distribution afin de parvenir à la commercialisation des objets qu'elle fabrique ». La coutume s'est, depuis lors, instaurée de considérer les accords verticaux comme de simples pratiques individuelles, les accords horizontaux méritant seuls la qualification d'ententes (49). Or, la notion d'accord vertical déborde largement le cas du contrat de concession commerciale. L'affaire « Tuiles et briques » en est un exemple. Conclu entre deux groupes de professionnels, cet accord pouvait difficilement être considéré comme une pratique « individuelle ». La Commission l'a admis en affirmant, avec une certaine timidité, que

« c'est la première fois (qu'elle) fait application de l'article 59 bis à une entente en quelque sorte « verticale », constituée non pas entre entreprises vendant les mêmes produits ou fournissant les mêmes services mais entre un groupe de fabricants vendeurs et un groupe de négociants acheteurs » (50).

53. — La Commission est allée, en vérité, beaucoup plus loin dans la prise en considération des accords verticaux en qualifiant d'entente l'ensemble des accords liant une entreprise concédante et les concessionnaires exclusifs de ses procédés de préfabrication (51). L'avis déclare que « l'ensemble des contrats conclus par la société concédante avec ses concessionnaires » forme « un dispositif de concertation ». On ne peut qu'être frappé de la parenté entre le contrat de franchise industrielle, dont il s'agissait en l'espèce, et le contrat de concession commerciale : il est difficile de penser que la Commission refuserait la qualification d'entente si le problème se posait. On constate que, contrairement à la position adoptée par la Cour de Paris, la qualification d'entente est ici justifiée par la prise en considération de l'ensemble des rapports entre la société concédante et ses concessionnaires, par l'intérêt collectif qui anime les membres du réseau. Les divers participants étaient, certes, regroupés au sein d'un groupement d'intérêt économique mais leur réunion dans une personne morale unique ne fait pas disparaître l'aspect « vertical » de l'organisation (52). On doit, également, remarquer que si la question de l'aspect « vertical » ou non vertical de l'entente est totalement occultée par la Commission, le rapport pour 1974 va, cependant, très loin, même s'il déclare que l'avis ne tranche pas et n'avait pas à trancher la question de savoir si l'un de ces contrats, pris isolément, aurait pu être considéré à lui seul comme contrevenant à la

(49) Voir J. HEMARD, L'évolution de la réglementation de la concurrence in *Mélanges Julliot de La Morandière*, Dalloz 1964, n° 13, p. 209.

(50) Rapport pour 1974, loc. cit.

(51) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(52) Cf. J. GUYENOT, Les contrats de concession commerciale, op. cit., n° 326, p. 336.

prohibition (53) : le simple fait de soulever le problème démontre, en effet, que la Commission n'exclut pas absolument l'éventualité d'une qualification d'entente en pareil cas.

54. — Nous retiendrons, en définitive, que la qualification d'entente des accords verticaux n'est reconnue, avec une certaine prudence dans les termes employés, que depuis l'affaire « Tuiles et briques » (54), en 1974, mais nous avons pu constater qu'elle était effective avant cette date. En qualifiant d'entente les accords verticaux, la Commission tend à se rapprocher du droit communautaire (55) et remet en cause la frontière entre les jurisprudences concernant respectivement les articles 59 bis et 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945.

∴

55. — Nous sommes alors amenés à conclure que la considération des positions économiques respectives des participants à l'entente n'est pas déterminante dans la qualification d'entente.

Une question reste, toutefois, en suspens car la Commission n'a pas tranché le problème de la qualification d'entente d'un seul des contrats du réseau, considéré isolément. On débouche, alors, sur un problème tenant non pas à la nature juridique des participants ou à leurs positions dans le processus économique mais à leur pluralité. Il s'agit, donc, de déterminer le nombre à partir duquel l'accord aura le caractère collectif requis pour la qualification d'entente ; en d'autres termes, la qualification d'entente par référence à ses participants se heurte à une dernière difficulté : celle de savoir si le contrat unique réalisant un accord vertical (56) entre seulement deux contractants doit être considéré comme une pratique individuelle ou comme une « entente ». La Commission ayant refusé de se prononcer, le problème reste posé. Remarquons seulement que l'article 59 bis, par sa généralité, n'impose par lui-même aucune limitation tenant au nombre des participants à l'entente.

---

(53) Rapport pour 1974, p. 1206.

(54) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.

(55) M. W. VAN GERVEN, *Principe du droit des ententes de la C.E.E.*, Bruylant, Bruxelles 1966, p. 21 ; *Le droit de la communauté économique européenne*, sous la direction de J. MEGRET, éd. Université de Bruxelles 1972, p. 13.

(56) La question ne paraît pas devoir se poser en présence d'accords horizontaux.

## CHAPITRE II

### CONDITIONS RELATIVES AU DOMAINE D'INTERVENTION DE L'ENTENTE

56. — Une approche différente du phénomène de l'entente, difficile à cerner, peut consister à examiner son « domaine d'intervention » : l'expression peut revêtir, en effet, une double signification, selon que l'on se place d'un point de vue extérieur à l'entente, ou, au contraire, que l'on examine son organisation interne.

57. — Déterminer le domaine d'intervention de l'entente consiste, tout d'abord, à préciser les secteurs économiques concernés par le phénomène. L'article 59 bis, en indiquant que l'entente illicite doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel, fournit un élément de réponse assez vague : on en déduira que l'entente ne peut exister que dans les secteurs économiques « en concurrence ». M. le professeur Blaise a montré comment l'on peut déterminer les secteurs « en concurrence », soumis *ipso facto* au droit des ententes, grâce au critère de l'économie de marché (1). La soumission au régime de l'économie de marché constitue donc un élément de qualification de l'entente, mais c'est un élément d'appréciation d'application délicate car de nombreuses difficultés surgissent, dues à la coexistence en France de secteurs réglementés et de secteurs placés en régime de liberté (2). La question se pose, par ailleurs, de savoir si la soumission au régime de l'économie de marché est une condition non

---

(1) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 52 et s.

(2) Sur les difficultés d'application du critère de l'économie de marché, cf. *infra*, n° 353 et s.



seulement nécessaire mais suffisante de la qualification d'entente ; en d'autres termes, il faut rechercher si, parmi les secteurs économiques soumis au régime de l'économie de marché, tous peuvent abriter des ententes au sens de l'article 59 bis. Le texte n'apportant aucune précision, force est donc de se tourner vers la jurisprudence de la Commission pour savoir s'il existe des conditions particulières relatives aux secteurs économiques concernés (Section 1).

58. — Déterminer le domaine d'intervention de l'entente consiste, également, à examiner son champ d'application territorial. Il paraît logique, en effet, de supposer que la mise en œuvre de pratiques collectives anticoncurrentielles est d'autant plus nocive que l'influence de l'entente est plus grande (3) ; des accords d'une portée très limitée dans l'espace paraissent, en revanche, entraîner des conséquences bien moins graves. On peut, dès lors, imaginer que la qualification d'entente soit subordonnée à des conditions tenant à son influence géographique. Il convient de rechercher à travers les avis la présence éventuelle de telles conditions (Section 2).

## SECTION I

### INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'ENTENTE, DES SECTEURS ÉCONOMIQUES CONCERNÉS

59. — On peut tenter de cerner la notion d'entente en examinant les secteurs économiques concernés par le phénomène et en recherchant s'ils ont une incidence quelconque sur la qualification. Cela revient à poser la question de savoir si tous les secteurs économiques sont soumis au droit des ententes. Il semble que l'on doive répondre par l'affirmative, compte tenu de la généralité même de l'article 59 bis qui ne suggère aucune limitation (4). M. le professeur Blaise avait, toutefois, fait observer que l'insertion des articles 59 bis et suivants dans l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix soumettait le droit des ententes à toutes les limitations apportées par cette ordonnance à la législation des prix (5).

Depuis la réforme opérée par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, le problème est résolu. L'article 59 bis nouveau contient une

---

(3) Ce point de vue est effectivement confirmé par le rapport pour 1975, p. 998.

(4) P. BARBRY et R. PLAISANT, *Libre concurrence et ententes industrielles*, décret du 9 août 1953, D. 1954. Chr. p. 67.

(5) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 57.

disposition spéciale précisant que « ces prohibitions s'appliquent à tous les biens, produits et services nonobstant toute disposition contraire ». Son champ d'application s'en trouve élargi parce qu'il est dissocié de celui de l'ordonnance de 1945 sur les prix et n'est donc plus soumis aux mêmes limitations. Le rapport de la Commission pour 1967 (6) souligne qu'en « ajoutant la notion de biens à celle de produits et services, la prohibition est désormais applicable à tout ce qui est susceptible d'avoir une valeur économique de faire l'objet d'un acte de production ou d'échange ». En conséquence, la généralité d'application de l'article 59 bis semble aujourd'hui absolue.

60. — L'examen des avis confirme cette analyse en démontrant que la qualification d'entente peut être retenue envers tout accord intervenant dans un quelconque secteur économique, pour autant qu'il est soumis au régime de l'économie de marché. La fréquence des avis relatifs à des ententes constituées dans le secteur secondaire, au cours des premières années de fonctionnement de la Commission, ne correspond ni à des conditions particulières qu'elle aurait posées, ni à une prédisposition particulière de ce secteur au phénomène ; la qualification d'entente peut être appliquée aux accords d'entreprises intervenant dans les secteurs primaire (§ 1), secondaire (§ 2) et tertiaire (§ 3).

### § 1. — Application de la qualification d'entente aux accords d'entreprises intervenant dans le secteur primaire

61. — Le secteur primaire comprend traditionnellement les activités de production liées à la pêche, la forêt, la culture, la production animale et les activités annexes de l'agriculture (7).

Le problème de la qualification d'ententes intervenant dans ce secteur s'est rarement posé à la Commission. La raison tient, semble-t-il, à l'existence de nombreuses réglementations dans ce domaine. Les seuls exemples offerts par les avis ont trait au secteur de la production agricole et des activités annexes : il s'agit des affaires « Vins de Champagne » (8) et « Pépiniéristes » (9). Dans les deux cas, la qualification d'entente a été retenue : la première entente, constituée entre producteurs et négociants, échappait toutefois à la réglementation édictée par les articles 59 bis et suivants de l'ordonnance de 1945, dans la mesure où elle intervenait sur un marché

---

(6) Rapport pour 1967 : la seule exception qui subsiste est celle relative aux ententes d'exportation (art. 62 de l'ordonnance), p. 322.

(7) Nous nous référons pour cette classification à la liste des 99 postes de la nomenclature I.N.S.E.E. des activités économiques.

(8) Avis « Vins de Champagne », du 19 déc. 1969 ; cf. également « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976, *infra*, n° 361 et s.

(9) Avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972.

totalement administré, non soumis au régime de l'économie de marché. Il y avait donc bien « entente » en l'espèce, mais l'entrave étant imputable à une cause étrangère, le droit des ententes ne pouvait s'appliquer (10).

Il convient de rappeler, à ce propos, que le secteur de l'agriculture est, en règle générale, soustrait à la concurrence principalement pour des motifs d'ordre social. La même situation se retrouve dans la plupart des pays d'économie libérale, fussent-ils très attachés à l'économie de marché (11).

## § 2. — Application de la qualification d'entente aux accords d'entreprises intervenant dans le secteur secondaire

62. — Le secteur secondaire comprend les activités industrielles les plus diverses. Cette diversité se retrouve au niveau des avis qui ont retenu la qualification d'entente à l'égard des groupes d'entreprises intervenant dans l'industrie. L'intervention dans le secteur des activités extractives pose des problèmes particuliers, et les avis sont, dans ce domaine, assez peu nombreux. Ceux qui envisagent les ententes intervenant dans les secteurs des industries lourdes ou de transformation ainsi que du bâtiment et des travaux publics constituent, en revanche, l'essentiel des travaux de la Commission.

### A. — SECTEUR DES ACTIVITES EXTRACTIVES

63. — Les activités extractives peuvent poser un problème au regard de la réglementation des ententes. Les mines, par exemple, occupent une place particulière dominée par l'intervention de l'Etat (12) : il semble donc qu'une entente, au sens de l'article 59 bis, ne puisse s'y former puisqu'une « entente » suppose un minimum d'autonomie des participants. Quant aux autres activités extractives, la question s'est posée de savoir si leur caractère civil (13) n'avait pas pour effet de les exclure du champ d'application du droit de la concurrence. Dans l'affirmative, il ne pourrait donc y avoir entente au sens de l'article 59 bis, puisque la réglementation

(10) *Infra*, n° 361 et s.

(11) MM. J. Cartell et P.-Y. Cossé font remarquer que, laissé à lui-même, le secteur agricole est typiquement concurrentiel. Si on laissait jouer la concurrence il s'ensuivrait rapidement une élimination des exploitations les moins bien placées et un exode rural dont les conséquences sur le marché de l'emploi seraient probablement très graves (J. CARTELL et P.-Y. COSSE, *op. cit.*, p. 50 et s.)

(12) Ph. MARCHAT, *L'économie mixte*, P.U.F. « Que sais-je ? », 1971.

(13) Une loi du 19 sept. 1919 avait reconnu le caractère commercial aux mines. Rien n'étant précisé pour les autres activités extractives, une jurisprudence constante (et critiquée, cf. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. I, 101) a, par interprétation restrictive de cette loi, continué à considérer comme civiles les carrières, tourbières, salines, etc...

des ententes n'est qu'une branche particulière du droit de la concurrence. Pour le professeur R. Le Moal, l'exclusion des activités extractives du droit commercial ne s'oppose pas à leur intégration dans le domaine du droit de la concurrence (14). Ce point de vue est confirmé par les avis de la Commission rendus à propos de multiples ententes constituées dans ce secteur. Les accords entre exploitants de carrières de pierre (15), de salines (16), ou les entreprises plâtrières (17) qui se concertent pour entraver la concurrence sont des ententes visées par l'article 59 bis. Seul, le comportement des entreprises compte ; leur secteur d'activité est indifférent.

## B. — SECTEUR DES ACTIVITÉS INDUSTRIELLES

64. — A la lecture des avis rendus au cours des premières années de fonctionnement de la Commission, qui envisagent, en effet, presque exclusivement des ententes constituées dans les secteurs de l'industrie lourde, de transformation ou alimentaire, on pourrait se demander si la qualification d'entente n'est pas subordonnée à son intervention dans le secteur des activités industrielles.

65. — Les ententes les plus nombreuses affectent le secteur de l'industrie métallurgique et de la sidérurgie, qu'il s'agisse de la production de produits semi-finis ou finis (18). Viennent ensuite les ententes dans l'industrie électrique (19), du verre (20), du textile traditionnel (21) ou synthétique (22).

---

(14) R. LE MOAL, Contribution à l'étude d'un droit de la concurrence, thèse présentée, p. 271 et s.

(15) Avis « Entente Franco-Belge sur le marché des matériaux de viabilité », 5 nov. 1960.

(16) Avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962.

(17) Avis « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972.

(18) Cf. les avis : « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 et deuxième avis du 22 mars 1963 ; « Aciers étirés », du 16 déc. 1961 et 20 févr. 1970 ; « Acier moulé », du 22 juin 1962 ; « Cœurs d'aiguillages en acier », du 21 juin 1958 ; « Tubes d'acier », 1er avr. 1960 ; « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Fûts métalliques », du 17 mars 1956 et 24 sept. 1965 ; « Petits articles métalliques » du 20 févr. 1965 ; « Articles de visserie », du 18 déc. 1965 ; « Fabricants de compteurs d'eau », du 18 mars 1966.

(19) Avis « Industrie des lampes », des 26 mai 1956 et 22 avr. 1966 ; « Fabricants de culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Fils et câbles électriques isolés », des 19 janvier 1957, 17 mai 1963 et 9 juil. et 17 sept. 1971.

(20) Avis « Verre électrotechnique », du 19 nov. 1955 ; « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968 et 21 mai 1976 ; « Verre plat », du 23 nov. 1957 et 21 nov. 1964 ; « Verre de lunettes », du 16 juin 1961.

(21) Avis « Industrie du lin et du chanvre », du 22 sept. 1967 ; « Industrie de la filature du coton cardé du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968 ; « Filature de coton » du 16 mai 1975 ; « Industrie du jute », du 19 déc. 1964 et 18 juin 1971.

(22) Avis « Fabricants de tissu pour cravates marque Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Fabricants de tissus imperméables marque Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Confectionneurs de cravates marque Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Fabricants de voile et marquisette marque Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Industrie des fils mousse nylon », du 22 juin 1962.



66. — On relève plusieurs cas d'ententes dans le secteur des industries du papier (23) et du carton (24). Les industries chimiques n'ont donné lieu qu'à trois avis (25) dont deux soulevaient le problème de l'abus de position dominante (26). Les industries alimentaires, ou liées à l'alimentation humaine (27) ou animale (28), connaissent également le phénomène des ententes qui atteint même des secteurs aussi divers que ceux du caoutchouc (29), du bois (30), de la céramique (31), des munitions (32) et explosifs (33), de la pelleterie (34), des huiles pour moteurs (35), des outils (36), du plastique (37), de la ficelle (38), etc...

67. — L'examen des secteurs affectés par les ententes conduit à formuler plusieurs observations. On remarquera tout d'abord leur fréquence dans les industries concentrées comme la métallurgie, la sidérurgie, l'industrie électrique, l'industrie chimique (39), le verre. Cela pose un problème de localisation des infractions en présence d'ententes complexes et multiples intéressant l'ensemble d'une industrie. Le rapport pour 1956 estimait préférable, dans un tel cas, « d'établir un bilan économique des ententes pour l'ensemble de l'industrie envisagée et d'éviter des sanctions, même localisées, dont

(23) Avis « Sacs en papier à grande contenance », du 19 janv. 1968 ; « Fabricants de papier à cigarette », du 17 mai 1968 ; « Industrie des papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(24) Avis « Industrie du carton ondulé », du 19 juin 1964.

(25) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969 ; « Anhydride carbonique », du 30 mai 1969.

(26) Avis « Acide sulfurique » et « Anhydride carbonique », précités.

(27) Avis « Industrie de la meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 ; « Industrie et commerce de la levure de panification », 1er avis du 24 sept. 1955 et 2ème avis du 17 oct. 1964 ; « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964 et du 30 sept. 1966 ; « Conserverie des champignons de couche », du 18 oct. 1968.

(28) Avis « Sucres dénaturés », du 2 oct. et 27 nov. 1970.

(29) Avis « Fabricants de bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Fabricants de tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(30) Avis « Emballages légers en bois de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966 ; « Fabricants d'échelles en bois », du 19 mai 1967.

(31) Avis « Carreaux de revêtement en faïence », du 20 mars 1965 et 21 sept. 1973 ; « Carreaux de grès cérame », du 23 janv. 1965 et 21 sept. 1973.

(32) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964.

(33) Avis « Explosifs industriels et accessoires de mines », du 27 mai 1966.

(34) Avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970.

(35) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(36) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 ; « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 ; « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(37) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.

(38) Avis « Ficelles », du 14 mai 1975.

(39) On a pu dire de l'industrie chimique qu'elle est « près des limites absolues de la concentration dans le cadre national » (J. CARTELL et P.-Y. COSSE, op. cit., p. 43) ; ceci explique que les affaires soient envisagées sous l'angle de la répression des abus de positions dominantes plutôt que de la répression des ententes (Avis « Anhydride carbonique », du 30 mai 1969 ; « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969).

la portée pourrait excéder celle de l'infraction en désorganisant toute une activité industrielle » (40).

On a cependant reproché à la Commission de n'avoir jamais jugé utile d'examiner les entreprises dans l'ensemble de leurs activités et limité son investigation à des marchés étroits sans procéder également à une analyse des conditions d'offre des produits substituables ou complémentaires (41).

68. — Le nombre des avis relatifs à des ententes intervenant dans le secteur industriel n'est cependant pas lié à des conditions imposées par la Commission : elle ne tire jamais argument, en effet, de la nature industrielle du secteur concerné pour la qualification d'entente. Cette fréquence est due, semble-t-il, à des circonstances de fait : les ententes se multiplient dans le secteur industriel en prélude à des opérations de concentration (42) ou de reconversion des industries exigeant de gros efforts de réorganisation ou d'adaptation aux conditions économiques nouvelles (43). Une situation économique difficile semble d'ailleurs favoriser l'éclosion des ententes, que les difficultés soient dues à une réduction de la demande et des débouchés (44), à la stagnation du marché (45), à son étroitesse provoquée par la concurrence d'un produit de remplacement (46) ou au

---

(40) Rapport pour 1956, p. 18.

(41) M. Weber et Jenny ont fait remarquer que l'industrie des tubes et tuyaux avait, par exemple, donné lieu à trois avis différents alors qu'il s'agissait là de produits en partie substituables et d'entreprises intervenant simultanément, bien qu'à des degrés divers, sur les différents sous-marchés : tuyaux en fonte, tubes d'acier, tubes P.V.C. (A.P. WEBER et F. JENNY, op. cit., p. 257) ; cf. cependant l'avis du 30 sept. 1977 relatif aux « pratiques anticoncurrentielles relevées à l'encontre des fabricants de différents matériaux pour canalisation d'eau ».

(42) C'est particulièrement net dans certains secteurs, lorsque les ententes ont donné lieu à plusieurs avis successifs : « Industrie des lampes électriques » (avis du 26 mai 1956 et du 26 avr. 1966), ou « Verre plat » (avis du 23 nov. 1957 et du 21 nov. 1964). La concentration réalisée peut atteindre un tel degré lors du deuxième avis de la Commission que la notion d'entente peut se trouver exclue et que l'action des firmes restantes doit être appréciée au regard de l'article 59 bis, alinéa 4, relatif aux positions dominantes (Avis « Jantes et guidons pour cycles », du 19 avr. 1958 et 22 oct. 1965).

(43) C'est le cas de l'industrie textile où les entreprises sont obligées tantôt de se reconvertir en cherchant de nouveaux débouchés, grâce aux fibres synthétiques par exemple (Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962), soit de se moderniser pour adapter les conditions de production des textiles traditionnels aux exigences d'un marché nouveau (Avis « Coton cardé », du 22 mars 1968), soit d'organiser un « repli » sur un marché en régression inéluctable (Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964) ou préoccupante (Avis « Industrie du lin et du chanvre », du 22 sept. 1967).

(44) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1957 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Faux et faucilles », du 17 mars 1961 ; « Fourches et crocs » du 16 nov. 1961 ; « Linoléum », du 21 nov. 1961.

(45) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964 ; « Echelles en bois », du 19 mai 1967.

(46) Avis « Sacs en papier à grande contenance », du 19 janv. 1968 ; « Echelles en bois », du 19 mai 1967.

suréquipement de l'industrie considérée (47). En définitive, les activités industrielles les plus diverses sont affectées par les ententes.

### C. — SECTEUR DU BATIMENT ET DES TRAVAUX PUBLICS

69. — La Commission a retenu la qualification d'entente à l'encontre d'entreprises intervenant dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, la plupart des avis recommandant des poursuites pénales. Généralement très nocives, ces ententes incitent la Commission à se montrer sévère compte tenu de la « vulnérabilité » relative des clients publics (48). L'intervention dans le secteur des travaux publics n'est cependant pas un élément suffisant : la qualification d'entente ne s'applique pas aux entreprises de travaux publics qui entravent individuellement la concurrence (49).

### § 3. — Application de la qualification d'entente aux accords d'entreprises intervenant dans le secteur tertiaire

70. — Le secteur tertiaire recouvre de nombreuses activités, souvent fort disparates. On peut cependant établir une distinction entre les activités commerciales selon qu'elles portent sur des produits ou des services (50). Dans chaque cas la qualification d'entente peut soulever des difficultés particulières.

#### A. — DISTRIBUTION DES PRODUITS

71. — Les entreprises éprouvent parfois la nécessité de se regrouper pour effectuer les tâches de distribution. Il s'agit soit des producteurs intervenant eux-mêmes comme distributeurs, soit d'intermédiaires, soit de détaillants. La qualification d'entente peut-être retenue dans tous les cas.

---

(47) Avis « Carton ondulé », du 19 juin 1964.

(48) Il s'agit des secteurs concernés par les avis suivants : « Construction de casernements de la région parisienne », du 18 déc. 1965 ; « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973 ; « Groupement d'entreprises licenciées Florio », des 21 juin et 8 nov. 1974 ; « Construction de tours Hertzennes », du 6 juil. 1976 ; « Equipement du Gard », du 5 mars 1976 ; « Lignes électriques à haute tension », du 19 fevr. 1966 ; « Travaux d'étanchéité », du 8 juil. 1966 ; « Pose de canalisations d'eau », du 4 juil. 1969 ; « Canalisations électriques dans la région de Lyon », du 17 mars 1972 ; « Réfection de réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973 ; « Entreprises de travaux routiers », du 18 avr. 1975 (non publiée en application de l'article 20 du décret du 23 nov. 1968).

(49) Rapport pour 1972, p. 25.

(50) La distinction se justifie dans la mesure où la distribution des produits pose des problèmes juridiques distincts de la distribution des services. Cf. Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit. n° 3, p. 9 et s.



## 1<sup>re</sup> DISTRIBUTION ASSURÉE PAR LES PRODUCTEURS

72. — Tous les producteurs, dans la mesure où ils fabriquent pour vendre, exercent des activités de distribution. L'examen des avis montre qu'ils peuvent exercer, en outre, des fonctions de gros (51) ou de détail (52). Cela n'a aucune incidence sur la qualification d'entente.

73. — Les firmes productrices interviennent différemment dans la distribution des produits. Un procédé efficace sur le plan de l'organisation commerciale consiste à créer un « comptoir de vente » en commun (53) des produits fabriqués par les adhérents. Les producteurs peuvent enfin devenir distributeurs de produits fabriqués par d'autres soit qu'ils aient abandonné les activités de production (54), soit qu'ils s'assurent par un réseau de conventions la maîtrise du marché (55), soit qu'ils jouissent de certains privilèges d'approvisionnement (56). Ces divers modes d'intervention n'ont pas d'influence sur la qualification d'entente.

(51) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.

(52) Avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972 : les membres de l'entente vendaient leur production soit à des négociants soit au détail.

(53) Voir par exemple les avis : « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Agrégats de la région de Metz », du 21 oct. 1966.

(54) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964 : certains fabricants ayant cessé la production continuaient de vendre sous leur propre marque les articles d'une troisième entreprise occupant une position dominante sur le marché considéré.

(55) Avis « Accords professionnels dans l'industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969 : deux producteurs (Péchiney-Saint-Gobain et Ugine-Kuhlman), assuraient à eux seuls, à l'époque de l'enquête, environ les deux-tiers de la production française et, grâce à un réseau d'accords particuliers, une part encore plus importante des ventes d'acide effectuées sur le marché : ainsi les sociétés en cause s'assuraient-elles la maîtrise de ce marché par l'obligation faite aux producteurs d'acide « fatal », sous-produit résiduaire de diverses industries, de leur réserver en exclusivité la totalité de l'acide à commercialiser.

(56) Avis « Commercialisation des sucres dénaturés », du 2 oct. et 27 nov. 1970 : il s'agit d'une entente ayant exploité à son profit l'organisation mise en place par les pouvoirs publics sur le marché du sucre. Ses membres étaient des fabricants d'aliments pour bétail auxquels le groupement national interprofessionnel de la betterave et de la canne à sucre allouait des contingents de sucre à dénaturer. Les producteurs utilisant du sucre dénaturé pour la fabrication de leurs produits étaient donc tributaires de cet organisme professionnel ; or, les entreprises de l'entente, regroupées dans un « pool », sous l'égide d'une société considérée comme le « chef de file », paraissent avoir été les seules à pouvoir obtenir ces contingents qu'elles redistribuaient par la suite aux autres producteurs qui se voyaient ainsi contraints de s'approvisionner auprès des membres du « pool ». Les prix payés par les entreprises non membres étaient sensiblement plus élevés que ceux consentis aux participants à l'entente. (Le groupement national interprofessionnel de la betterave et de la canne à sucre avait été créé par une loi du 7 août 1941. Il avait pour mission de régler toutes les questions intéressant simultanément la betterave et la canne à sucre et contrôlait la bonne exécution des contrats de campagne en collaboration avec la caisse d'exportation des produits sucriers. Rattaché en 1944 à la direction de la production agricole au ministère de l'agriculture, il n'en continua pas moins à exercer ses fonctions jusqu'à la création du Fonds d'Intervention et de Régularisation du marché du sucre (F.I.R.M.S.)



## 2°) DISTRIBUTION ASSUREE PAR DES INTERMEDIAIRES

74. — On rencontre, à travers les avis, des formules de regroupements d'entreprises occupant une position intermédiaire entre les producteurs et les revendeurs. Il s'agit soit d'importateurs, soit de grossistes.

75. — Les importateurs ont parfois intérêt à se regrouper, notamment lorsque les importations sont soumises à un contingentement ; en s'assurant le monopole des importations ils ont, *ipso facto*, celui de la vente. Le fait qu'il s'agisse d'entreprises d'importation est indifférent pour la qualification d'entente (57).

76. — Les grossistes, maillons entre la production et le commerce de détail, exercent leur activité soit isolément soit en se groupant (58). L'absence d'ententes entre grossistes dans les premiers avis de la Commission ne signifie pas qu'elle refusait la qualification puisque leur fréquence augmente aujourd'hui. La multiplication des avis consacrés à des ententes entre « négociants » (59) ne traduit pas, semble-t-il, une vulnérabilité soudaine du secteur du négoce mais résulte probablement de l'intensification des investigations des agents de la direction de la concurrence et des prix. La qualification d'entente est appliquée soit au groupement de négociants en tant que tel (60), soit au groupement dans lequel les négociants se retrouvent

---

(57) Cf. les avis suivants : « Importateurs de bois du Nord », du 17 déc. 1960 : l'entente se présentait comme un groupement d'achat qui achetait le bois à une entente suédoise ; les deux ententes étaient liées par des conventions comportant une clause d'exclusivité réciproque. « Société d'importation de faux, faucilles et matériel agricole », du 22 juin 1962 : les conditions dans lesquelles cette entente se livrait à l'importation des produits en provenance d'Autriche et d'Allemagne l'ont fait apparaître comme l'auxiliaire de l'entente française des fabricants de ces produits (cf. l'avis « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 et « Faux et faucilles », du 17 mars 1961 et le rapport pour 1960 à 1962, p. 12). On doit aussi signaler l'entente entre les membres du groupement lainier mazamétain (G.L.A.M.), qui importaient d'Australie les peaux sur lesquelles ils se livraient aux opérations de délainage (avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970). Cf. également l'entente entre les entreprises délégataires du monopole d'importation de l'Etat portant sur le pétrole brut, titulaires des autorisations d'importation (avis « Distribution des produits pétroliers », des 9 févr. 1973 et 21 mai 1976).

(58) Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit., n° 75 et s.

(59) Tel est le terme utilisé par la Commission dans ses avis et rapports.

(60) Cf. les avis : « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 : des mareyeurs avaient créé un groupement de fait qui avait obtenu des pêcheurs de Douarnenez et Camaret un droit exclusif à l'acquisition de leur pêche en contrepartie d'un prix minimum. Les produits de la pêche étaient distribués la plupart du temps à des détaillants mais aussi, dans certains cas, rétrocédés à des mareyeurs ne faisant pas partie du groupement contre le paiement d'une commission au cédant ; « Gobeleterie », du 16 avr. 1975 ; « Négociants en gros des boissons sans alcool », du 24 sept. 1976.

avec les producteurs (61), soit à l'accord liant les producteurs et les négociants (62). Le fait que l'accord intervienne entre négociants n'est ni un argument ni un obstacle à la qualification d'entente.

### 3°) DISTRIBUTION ASSURÉE PAR DES DÉTAILLANTS

77. — Le problème s'est posé de savoir si la qualification d'entente au regard de l'article 59 bis, et l'intervention de la Commission, pouvaient se manifester à l'égard de groupements de détaillants. Certains soutenaient qu'il ne pouvait y avoir d'entente, celle-ci supposant que les activités des membres s'exercent dans la même branche industrielle, commerciale ou agricole (63). Le problème fut tranché par l'affaire du G.I.E. de Saverne (64). Il s'agissait d'un groupement d'intérêt économique regroupant des détaillants exerçant des activités commerciales différentes. La Commission ne s'oppose pas à ce qu'un tel groupement puisse être qualifié d'entente; elle a seulement déclaré l'article 59 bis inapplicable en l'espèce parce qu'il n'y avait pas d'entrave à la concurrence.

La qualification d'entente peut donc être retenue à l'égard de groupements de détaillants exerçant des activités différentes ou, *a fortiori*, identiques (65).

### B. — DISTRIBUTION DES SERVICES

78. — Le secteur des services englobant les activités les plus diverses (66), d'une importance économique variable, offre un carac-

(61) Avis « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 5 juil. 1967 (un groupement interprofessionnel pour l'approvisionnement avait été créé entre quatre-vingt-sept négociants et trente-six producteurs). Cf. également l'avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965 qui indique la présence de deux négociants au sein de l'organisme professionnel qui comprenait, par ailleurs, sept fabricants. Ils ne sont plus mentionnés lors du deuxième avis rendu le 21 sept. 1973. Voir aussi les avis : « Production et distribution des phonogrammes » du 30 sept. 1977 ; « Pièces détachées pour automobiles », du 17 juin 1977 ; « Appareils de production d'eau chaude par le gaz », du 30 sept. 1977.

(62) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 (voir cependant l'avis « Levure de panification », du 24 sept. 1955 où la Commission avait estimé que la qualification d'entente ne s'appliquait qu'à l'accord conclu au stade de la production ; l'organisation de la distribution « découlait » de l'entente horizontale existant à ce niveau). Cf. également les avis « Négocio des produits d'amiantement », du 16 juin 1967 ; « Production et distribution des appareils d'eau chaude par le gaz », du 30 sept. 1977.

(63) Ch. LAVABRE, note sous T.G.I. de Saverne, 21 juil. 1971, D. 1972. II. 218.

(64) « Pratiques anticoncurrentielles reprochées au G.I.E. de Saverne », avis du 10 janv. 1973 : la Commission a été saisie à la suite d'un appel formé contre le jugement du tribunal de grande instance de Saverne qui avait condamné le groupement (T.G.I. de Saverne, 21 juil. 1971, op. cit. loc. cit.).

(65) Parmi les ententes entre détaillants il faut citer celle constituée entre distributeurs de montures de lunettes (opticiens lunetiers) intervenant en même temps comme prestataires de services (« Distribution des montures de lunettes », 4 juin 1975).

(66) On peut définir les prestataires de services, d'une façon assez lâche, en fonction de leur activité qui consiste à offrir à leur clientèle l'« usage temporaire de certaines choses ou l'exécution de certains travaux » (G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., T. I. 92).

tère hétéroclite (67). Sa place dans l'économie nationale tend à s'accroître. Il est d'autant plus important de savoir si des ententes peuvent s'y constituer, que de nombreuses professions du secteur des services sont soumises à des réglementations particulières qui paraissent devoir les faire échapper à l'application de la réglementation des ententes. Il se peut, en effet, que dans certains secteurs, le législateur ait entendu écarter le régime de l'économie du marché; M. le Professeur Blaise a montré, dans sa thèse, comment certains secteurs économiques peuvent ainsi constituer une exception « virtuelle » au droit des ententes (68). Dans ce cas, le groupement ou l'accord qui pourrait se réaliser entre les entreprises du secteur ne pourrait être qualifié d'entente, même s'il en revêtait l'aspect.

79. — La question a un grand intérêt pratique dans la mesure où existent de nombreuses professions réglementées. Il importe de savoir si leurs membres peuvent constituer des « ententes ». Les professions libérales, par exemple, sont souvent soumises au contrôle d'ordres professionnels (69) et à des régimes particuliers mais leurs membres peuvent sans doute exercer une influence sur le jeu de la concurrence. Le recours à des formes juridiques permettant l'exercice en commun de la profession (70) pourrait favoriser la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. On les a, cependant, classées au nombre des exceptions « virtuelles » (71). L'hypothèse ne s'est jamais présentée dans les avis de la Commission mais les solutions apportées aux problèmes posés par les avis « Affréteurs pour les expéditions de charbon » et « Vins de Champagne » (72) incitent à penser qu'elle pourrait qualifier l'accord, entre membres de professions libérales, d'entente insusceptible d'être appréciée au regard des dispositions des articles 59 bis et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945 (73).

80. — Le secteur des transports est l'un des plus réglementés du secteur des services. Le rapport pour 1974 en fait la remarque en indiquant, à propos des transports routiers que des habitudes de concertation s'y sont développées (74). La qualification d'entente est rete-

(67) Voir le rapport des comités du VI<sup>e</sup> Plan sur la concurrence, op. cit., p. 47.

(68) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 65.

(69) M. GUIBAL, Les ordres professionnels, thèse Montpellier, 1970.

(70) Cf. A. LAMBOLEY, La société civile professionnelle : un nouveau statut de la profession libérale, thèse Montpellier, Libr. Techniques, 1974.

(71) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 12 *in fine*.

(72) Avis « Affréteurs pour les expéditions de charbon », du 18 févr. 1956 : l'entente était constituée entre un certain nombre de courtiers en transport par navigation intérieure qui participaient aux expéditions de charbon du bassin houillier du Nord et du Pas-de-Calais (sur le rôle du courtier de frêt, cf. E. ESCARRA et J. RAULT, Traité de droit commercial, T. II par J. HEMARD, n° 1195). Avis « Vins de Champagne », du 19 déc. 1969.

(73) La Commission subordonne, en effet, l'application de la réglementation des ententes à une condition d'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence, ce qui la conduit à décliner sa compétence lorsque le secteur est « totalement administré » (infra, n° 353 et s.).

(74) Rapport pour 1974, p. 1208.



nue en présence d'accords entre prestataires de services exerçant des activités de transport (75). L'affaire des « transports scolaires » (76), cependant, a posé un problème dans la mesure où les professionnels ont invoqué, afin d'échapper à la réglementation des ententes, les dispositions de l'article 11 du décret du 14 novembre 1949 relatif à la coordination des transports ferroviaires et routiers, selon lesquelles « les tarifs des services routiers de voyageurs ne sont pas soumis à la réglementation qui résulte de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur la fixation des prix ». La Commission a estimé que ce n'était pas une raison suffisante pour faire échapper le secteur en cause à l'application des articles 59 bis et suivants et, partant, pour exclure la qualification d'entente puisque la réforme opérée par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 dispose que la prohibition s'applique à « tous les biens, produits et services nonobstant toute disposition contraire ». La qualification d'entente a, donc, été appliquée à l'action, concertée sous l'égide de la fédération nationale des transports routiers, dans le secteur des transports scolaires et des transports de marchandises (77).

81. — Le fait qu'un accord intervienne entre les entreprises dans le secteur des services n'est donc pas, en soi, un obstacle à la qualification d'entente par la Commission. De nombreux avis témoignent, d'ailleurs, que diverses branches du secteur sont touchées par le phénomène et la qualification d'entente a été retenue en présence d'accords entre prestataires de services tels que publicitaires (78), réparateurs (79), blanchisseurs (80), teinturiers (81), laboratoires de

---

(75) Cf. également l'avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961 : l'entente était constituée entre des armateurs, d'une part, et des intermédiaires, d'autre part (commissionnaires et auxiliaires de transports, commissionnaires en douane agréés, transitaires, agents maritimes et assimilés).

(76) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974.

(77) Avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976 : entente constituée entre entreprises de transport, d'une part, et commissionnaires de transport faisant exécuter les transports en leur nom pour le compte d'un client ; selon l'avis les entreprises en cause sont essentiellement des entreprises de petite taille et artisanales organisées en fédérations syndicales puissantes.

(78) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 14 janv. 1958.

(79) Avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », du 21 nov. 1958 ; « Détenteurs de bancs Bee-line de redressage de châssis de véhicules industriels », du 17 déc. 1976.

(80) Avis « Blanchisseurs industriels de la région parisienne », du 17 janv. 1969.

(81) Avis « Usiniers réunis du nettoyage à sec », du 21 févr. 1969.



développements et tirage de films (82), de photos en couleur (83), opticiens-lunettiers (84).

82. — Au terme de cet examen, il convient de souligner l'extrême diversité des secteurs économiques concernés par les ententes. Importants pour l'économie française ou, au contraire, de poids modeste, diversement affectés par le phénomène, ils touchent aux activités les plus variées : production, industrie, commerce de gros et de détail, prestation de services et même, dans une affaire récente, exploitation des œuvres de l'esprit (85).

L'étude des secteurs économiques concernés a permis de constater que la qualification d'entente n'a jamais été exclue pour des raisons tenant à la nature du secteur dans lequel interviennent les accords. Il apparaît alors que tous les secteurs économiques sont, en principe, soumis à la réglementation des ententes (86) et qu'il n'est pas possible de caractériser l'entente par référence aux secteurs économiques concernés.

## SECTION 2

### INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'ENTENTE, DES SECTEURS GEOGRAPHIQUES CONCERNÉS

83. — L'article 59 bis ne pose aucune condition relativement à l'influence géographique de l'entente susceptible d'entraver la con-

---

(82) Avis « Laboratoires de développement et tirage de films pour l'établissement cinématographique des armées », du 16 janv. 1970.

(83) Avis « Laboratoire de développement et tirage de photos en couleur », du 28 févr. 1975. La Commission précise que ce dernier secteur connaît une vive expansion de l'ordre de 20 % par an liée au développement des activités de loisir (marché partagé entre 135 entreprises de taille variable parmi lesquelles la société Kodak-Pathé a exercé jusqu'en 1972 une prépondérance que ne laisse pas apparaître sa part égale à 15 % environ du chiffre d'affaires global).

(84) Avis « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975 (les opticiens lunetiers étant à la fois distributeurs détaillants et prestataires de services).

(85) Avis « Procirep », du 25 avr. 1975 : l'entente regroupait des auteurs, co-auteurs ou concessionnaires de droits d'auteur de films cinématographiques (représentant trois-quarts au moins du stock des films français de long métrage disponibles).

(86) Le recours au critère de l'économie de marché pour déterminer le champ d'application du droit des ententes conduit, cependant, à exclure les secteurs économiques « totalement administrés » de ce champ d'application (Avis « Vins de Champagne », du 19 déc. 1969 ; Rapport pour 1973, p. 2603). L'obstacle à la qualification d'entente susceptible d'être appréciée au regard des articles 59 bis et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945 est donc lié non pas à la nature du secteur économique concerné mais au caractère contraignant de la réglementation à laquelle est soumis ce secteur (infra, n° 353 et s.).

currence. On doit, toutefois, s'interroger sur l'intérêt de soumettre à la réglementation de la concurrence les actions simplement locales, les accords entre entreprises organisant collectivement leurs activités dans un périmètre limité : l'effet économique peut, en effet, être négligeable en ce cas. L'examen des avis de la Commission montre, cependant, qu'elle ne subordonne pas la qualification d'entente à l'existence d'un accord couvrant tout le territoire français (sous-section 1). Chaque entreprise est, par ailleurs, soumise au droit national de l'Etat dont elle ressortit; il importe, en conséquence, de savoir si la qualification d'entente est limitée à celles qui couvrent le seul territoire français (sous-section 2).

### SOUS-SECTION 1

## L'ENTENTE VISEE A L'ARTICLE 59 bis DOIT-ELLE COUVRIR TOUT LE TERRITOIRE FRANÇAIS ?

84. — La Commission ne prend pas en considération le domaine d'application territorial de l'accord pour appliquer la qualification d'entente. L'article 59 bis est, en effet, applicable aussi bien aux ententes locales (§ 1) ou régionales (§ 2) qu'à celles qui, plus fréquentes, couvrent tout le territoire national (§ 3).

### § 1. — Reconnaissance des ententes locales

85. — La Commission a eu, plusieurs fois, à examiner la licéité de groupements ou d'accords dont le domaine d'application est géographiquement limité. Leur nombre, relativement restreint (87), ne correspond pas à un refus implicite de la Commission de les qualifier d'ententes au sens de l'article 59 bis; cette relative « rareté » des ententes locales est due, semble-t-il, aux circonstances de fait qui poussent les entreprises à se regrouper. Si l'on examine les motivations des participants aux ententes limitant leur influence à un périmètre aussi étroit, on distingue deux sortes de situations. Tantôt, le caractère local de l'entente résulte du fait qu'elle regroupe des entreprises locales généralement petites ou moyennes, autant que l'on puisse en juger par les avis, qui recherchent dans cette formule un moyen de

---

(87) Cf. les avis : « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 ; « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970 ; « Commerçants de Saverne », du 10 janv. 1973 ; « Canalisations d'eau pour la ville d'Alençon », du 22 sept. 1972 ; « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973 ; « Construction de l'immeuble de la direction départementale de l'Équipement du Gard à Nîmes », du 5 mars 1976.

lutter contre une situation jugée défavorable (88). Tantôt le caractère local de l'entente est lié à la circonstance que les entreprises membres, implantées dans des villes ou des régions différentes, se sont regroupées en vue d'une opération déterminée à réaliser dans une ville particulière. C'est, par exemple, le cas de certaines ententes constituées à la suite d'appels d'offres par l'Administration (89). Dans ce dernier cas, l'entente pourra être limitée non seulement dans l'espace mais aussi dans le temps, ses membres se séparant à la fin de la réalisation de l'opération.

Pour qualifier l'entente, la Commission ne tient compte ni des motivations qui ont présidé à sa constitution, ni de son influence géographique limitée.

## § 2. — Reconnaissance des ententes régionales

86. — La Commission a dû se prononcer, assez fréquemment, sur la licéité de groupements ayant une influence régionale. Le premier cas examiné était celui des « affréteurs pour les expéditions de charbon par voies navigables » (90), groupement constitué entre des courtiers en transports par navigation intérieure participant aux expéditions de charbon du bassin houiller du Nord et du Pas-de-Calais; seuls les courtiers de cette région étaient liés par la Charte du groupement. Après examen des pratiques suivies, la Commission déclare, dans son avis, que « le groupement... ne tombe pas sous le coup des dispositions de l'article 59 bis » sans employer le terme d'entente. Ceci ne correspond pas, cependant, à un refus de qualifier « entente » un groupement régional; cette formulation ambiguë traduit la réticence de la Commission à appliquer l'article 59 bis lorsque l'entrave à la concurrence n'est pas imputable à l'« entente » et résulte

---

(88) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 : l'entente, constituée entre des négociants, avait pour objet l'achat et la répartition des langoustes débarquées à Douarnenez et Camaret ; elle avait pour but de garantir les mareyeurs contre les aléas d'un marché saisonnier, relatif à des produits périssables. Avis « G.I.E. des commerçants de Saverne », du 10 janv. 1973 : l'entente entre commerçants et détaillants avait été constituée en vue de lutter contre la concurrence d'un magasin à grande surface. Avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970 : le but de l'entente, constituée entre des entreprises de délainage de peaux en provenance d'Australie, était de se défendre contre les initiatives d'une entreprise locale de transport, jugées dangereuses, en lui refusant leur clientèle.

(89) Avis « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973 : l'opération en vue de laquelle l'entente avait été constituée consistait dans la construction d'un ensemble universitaire à Toulouse. Avis « Canalisations d'Alençon », du 22 sept. 1972 : dans ce cas, il n'y a pas eu « entente », la concertation entre les entreprises n'ayant pas été établie ; comparer avec l'affaire « Equipement du Gard », du 5 mars 1976.

(90) Avis « Affréteurs pour les expéditions de charbon par voies navigables », du 18 févr. 1956.

d'une cause étrangère (91). De nombreux avis postérieurs à l'affaire des affréteurs montrent d'ailleurs que la Commission n'hésite pas à qualifier d'« entente » un groupement dont l'influence serait simplement régionale.

87. — Il est intéressant de rechercher les raisons de la constitution d'une entente régionale. L'examen des affaires soumises à la Commission montre que la limitation des actions des entreprises tient parfois à des raisons techniques : s'agissant de matières pondéreuses, par exemple, le coût du transport peut déterminer des « zones naturelles » à l'intérieur de la région de production. Cette circonstance constitue un obstacle à l'essor de l'entente en dehors de la région considérée, comme d'ailleurs à la concurrence d'entreprises situées en dehors de cette région : l'entente couvre alors 100 % du « marché considéré » (92). Le caractère régional peut aussi être lié au produit couvert par l'entente (93) ou à l'origine des participants : dans ce dernier cas, l'accord lie seulement les professionnels d'une région tandis que les activités s'exercent en divers endroits du territoire (94). On relève, dans les avis rendus au cours des quinze premières années, une plus grande fréquence des ententes régionales constituées dans la région parisienne, soit que cette région soit une terre d'élection pour ce type d'ententes, soit, plus vraisemblablement, que cette fréquence soit liée à une fréquence corrélative des investigations à cet endroit (95).

88. — Certains avis permettent de constater l'existence simultanée de plusieurs ententes régionales qui peuvent se constituer et fonctionner en toute indépendance (96). Plus souvent, l'instruction fait apparaître l'existence de liens plus ou moins étroits entre les divers groupements régionaux. L'affaire des « Emballages en bois de Gascogne et de Provence » mérite d'être relevée dans la mesure où elle offre l'exemple de deux ententes régionales, constituées sur

---

(91) La Commission a précisé son point de vue à l'occasion de l'affaire « Vins de Champagne » (avis du 19 déc. 1969) en indiquant que l'article 59 bis est inapplicable lorsqu'un marché est « totalement administré » (infra Titre 3).

(92) Cf. les avis : « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 20 janv. et 5 juil. 1967 ; « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972.

(93) Avis « Vins de Champagne », du 19 déc. 1969.

(94) Avis « Entrepreneurs de construction de la région parisienne », du 18 déc. 1965 (casernements construits en Seine-et-Marne et Gironde) ; cf. également l'avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(95) Cf. les avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 ; « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 5 juil. 1967 ; « Entrepreneurs de construction de casernements de la région parisienne », du 18 déc. 1965 ; « Blanchisseurs industriels de la région parisienne », du 17 janv. 1969 ; « Usiniers du nettoyage à sec », du 21 févr. 1969 ; « Laboratoires de développement et tirage de films », du 16 janv. 1970.

(96) Avis « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972 (ententes constituées l'une dans la région parisienne, l'autre dans la région méditerranéenne).



le même modèle, et, fait rarissime, se faisant concurrence (97) ! L'avis rendu en 1975 à propos des filateurs de coton (98) montre cependant que des ententes, traditionnellement en compétition, peuvent procéder à des échanges de renseignements tendant à renforcer l'efficacité des deux dispositifs. Plus fréquemment, la création d'ententes régionales a pour objet leur collaboration étroite : c'est ainsi que plusieurs sociétés regroupant les producteurs d'une certaine région peuvent être constituées aux fins de procéder à la distribution exclusive des produits selon un découpage régional (99).

89. — L'existence de plusieurs ententes régionales fonctionnant dans des conditions quasi-identiques peut, enfin, faire soupçonner l'extension de l'entente à toutes les entreprises de la branche considérée (100). Il peut arriver aussi qu'un accord national soit complété « sur le terrain » par des ententes régionales (101). La multiplication de ces dernières finit par couvrir la totalité du territoire (102) : celui-ci peut ainsi être découpé en plusieurs régions abritant chacune une entente. A cette structure « horizontale » s'oppose une structure « pyramidale » lorsque les différentes ententes régionales sont « coiffées » par une entente nationale qui coordonne leurs actions (103).

### § 3. — Reconnaissance des ententes nationales

90. — Les accords dont l'influence s'étend à la totalité du territoire national sont, de loin, les plus nombreux ; leur qualification

---

(97) Avis « Emballages en bois léger de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966.

(98) Avis « Filature de coton », du 16 mai 1975. En 1968, la Commission avait déjà rendu un avis sur l'entente régionale « Filature de coton cardé du Nord et de l'Ouest » réunissant des sociétés exploitant dans les départements du Nord, du Pas-de-Calais et de la Seine-Maritime des entreprises de filature le plus souvent intégrées à des tissages. L'influence de l'entente dépassait le cadre de cette région.

(99) Avis « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969 : la localisation nécessaire des unités de production à proximité des gisements entraînant des déséquilibres régionaux, les grandes entreprises du Nord et de l'Est ont créé les ententes pour remédier à une concurrence qu'elles estimaient malsaine.

(100) Avis « Travaux d'étanchéité », du 8 juil. 1966 : l'instruction a fait apparaître trois ententes fonctionnant dans les régions parisienne, lyonnaise et grenobloise ; bien que des vérifications simultanées n'aient pu être faites dans toute la France, la Commission soupçonnait l'existence d'une entente nationale.

(101) L'avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 fait état de l'existence d'un protocole national et de l'intervention, dans six régions, de comptoirs de vente associant les producteurs.

(102) Avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962 (accord entre cinq ententes régionales ayant pour objet d'intervenir dans une région soumise à une réglementation particulière).

(103) Avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972. Cf. également l'affaire des « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 : un certain nombre d'ententes départementales ont été examinées par la Commission ; bien qu'il n'ait pas été établi que l'ensemble du territoire était touché, la fédération nationale a joué un rôle important, confirmé lors de l'avis « Transports de marchandises », du 24 avr. 1976 ; cf. également l'avis « Pièces détachées pour automobiles », du 17 juin 1977 ; Rapport pour 1977, p. 1980 et s.

d'entente n'a soulevé aucun problème particulier. L'extension de l'influence de l'entente à tout le territoire s'explique par le fait qu'elle regroupe soit la quasi-totalité des producteurs d'un secteur économique (104), soit ceux qui occupent une place prépondérante sur le marché (105), surtout lorsque l'entente se constitue dans un secteur concentré (106).

91. — L'influence sur le marché national est d'autant plus importante que l'entente est liée par divers accords à des ententes internationales. Le cas, loin d'être exceptionnel, a été relevé à plusieurs reprises par la Commission (107). Grâce à cette situation privilégiée, l'entente française peut disposer d'un quasi-monopole sur le marché national (108).

92. — Au terme de cette énumération, on constate que l'influence territoriale est indifférente en ce qui concerne la qualification d'entente, retenue aussi bien quand les pratiques sont très localisées ou destinées à couvrir la totalité du territoire.

---

(104) Les ententes dont les membres sont très nombreux agissent souvent par l'intermédiaire d'organismes professionnels, en général des unions professionnelles ou des fédérations coiffant les syndicats.

(105) Cf. les avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973 et 21 mai 1976 ; « Huiles usagées », du 28 mars 1973 ; « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973 ; « Carbone de tungstène », du 20 sept. 1974 ; « Laboratoires de développement des photos en couleur », du 28 févr. 1975 ; « Production et distribution des phonogrammes », du 17 mai 1977.

(106) Cf. par exemple les avis suivants : « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955 ; « Verre électrotechnique », du 19 nov. 1955 ; « Lampes électriques », du 26 mai 1956 et 22 avr. 1966 ; « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Verre plat », du 23 nov. 1957 et 21 nov. 1964 ; « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Jantes et guidons », deuxième avis du 22 oct. 1965 ; « Amiante-ciment », du 16 juin 1967 ; « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969 ; « Fabricants de matériaux pour canalisations d'eau », du 30 sept. 1977 ; « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968 et 21 mai 1976.

(107) Avis « Fûts métalliques », du 17 mars 1956 ; « Importateurs de matériel agricole », du 22 juin 1962 : des accords de prix étaient conclus entre une entente française entre importateurs de matériel agricole et des ententes étrangères dont la S.I.F.F.A. (Société d'importation de matériel agricole) était le correspondant en France ; « Fabricants de linoléum », du 21 oct. 1961 : il existait entre les producteurs de linoléum de divers Etats une convention internationale en vertu de laquelle dans certains territoires nationaux, dont le territoire français, les fabricants devaient respecter des clauses de prix et des conditions de vente définies par la convention : ces clauses comportaient en particulier la règle de l'alignement des prix du linoléum importé sur les prix pratiqués par les producteurs français.

(108) Avis « Importateurs de bois du Nord », du 17 déc. 1960 : l'entente était liée à une entente suédoise par un accord d'exclusivité réciproque, l'organisme français s'engageant à n'acheter les bois du Nord que par l'intermédiaire des maisons appartenant au second organisme et l'entente suédoise à ne vendre ses produits qu'aux importateurs membres de la fédération. Ceci, joint à un régime de contingentement auquel ce secteur a longtemps été soumis, a rendu d'autant plus difficile l'apparition de nouveaux importateurs que les adhérents de la fédération avaient un quasi-monopole sur les licences d'importation.

## SOUS-SECTION 2

L'ENTENTE VISEE A L'ARTICLE 59 bis DOIT-ELLE  
COUVRIR LE SEUL TERRITOIRE FRANÇAIS ?

93. — La question se pose de savoir si la qualification d'entente au sens de l'article 59 bis, c'est-à-dire du droit français, peut toujours être appliquée lorsque l'influence de l'accord ou du groupement dépasse le cadre du territoire national. Un tel cas, qui n'est pas une hypothèse d'école, soulève le problème de l'applicabilité de la réglementation française, et, partant, de la compétence de la Commission. Pour y répondre, il convient de distinguer selon que l'on envisage l'applicabilité de la réglementation française à des ententes dont l'influence s'étend à des pays non membres (§ 1) ou, au contraire, membres (§ 2) de la C.E.E. (109).

§ 1. — **Réglementation applicable aux ententes dont l'influence s'étend à des pays non membres de la C.E.E.**

94. — La détermination du champ d'application territorial de l'ordonnance du 30 juin 1945 ne semble pas devoir soulever de problèmes particuliers. L'article 61 de l'ordonnance précise, en effet, qu'elle s'applique seulement aux opérations réalisées « sur le territoire français ou dans les eaux territoriales métropolitaines ».

95. — L'affaire des « Armateurs et transitaires » a, cependant, posé un problème délicat dans la mesure où l'entente opérait partiellement en France, partiellement à l'étranger (110). La question se posait de savoir si la Commission était habilitée à apprécier la licéité de l'ensemble des pratiques suivies, dont certaines étaient relatives aux frêts maritimes, c'est-à-dire aux prix des services rendus en dehors du territoire national, ou, au contraire, si elle devait se limiter à l'examen des pratiques s'exerçant sur le territoire national. Dans l'affirmative, l'illicéité de celles-ci devait-elle entraîner la prohibition de l'entente ?

---

(109) Sur les problèmes d'application territoriale de la réglementation, cf. B. GOLDMAN, Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, Rec. Cours Acad. dr. intern. 1969. III. 631 ; Les effets juridiques extra-territoriaux de la politique de concurrence, R.M.C. 1972, p. 612.

(110) Avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961 : les pratiques, relatives à la fois aux taux de frêt maritime et aux prix des différentes prestations assurées et procurées aux chargeurs par les transitaires, s'appliquaient à « la totalité du trafic chargé dans les ports métropolitains compris entre Dunkerque et Bayonne... à destination des ports de la côte occidentale d'Afrique compris entre Port-Etienne et Pointe-Noire ». Le domaine d'application de l'entente couvrait donc une partie du territoire français mais ne se limitait pas à celui-ci.



La Commission, embarrassée pour résoudre ce problème, comme en témoigne le rapport pour 1960 (111), l'a éludé, en fait, estimant que les circonstances de l'espèce lui permettaient de statuer au fond sans trancher entièrement la question de compétence. Elle a, tout d'abord, déduit de l'article 61 qu'elle était compétente pour apprécier toutes les opérations dès lors qu'elles comportent des pratiques restrictives de la concurrence sur le territoire national. Elle a, ensuite, jugé que les pratiques suivies par les transitaires, relativement aux conditions de facturation des frais portuaires, constituaient une matière suffisante pour apprécier et condamner l'entente au regard de l'article 59 bis, « même appliqué uniquement au territoire français », sans qu'il soit besoin de « rechercher si la réglementation des ententes est, du fait de son insertion dans l'ordonnance du 30 juin 1945, inapplicable aux frêts maritimes » en dehors du territoire national, c'est-à-dire aux prix des services rendus.

On peut estimer que si la question se posait à nouveau, la réponse serait identique. En dissociant le champ d'application des articles 59 bis et suivants de celui de l'ordonnance du 30 juin 1945, par l'application de la prohibition à « tous les produits et services » sans distinction, l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 a manifesté l'intention du législateur d'étendre aussi largement que possible le champ d'application du droit des ententes ; mais, à défaut de disposition en ce sens, l'ordonnance de 1967 ne peut pas être interprétée comme dérogeant aux règles d'application territoriale de la loi.

96. — On constate, donc, qu'une « entente » au sens de l'article 59 bis est qualifiée sans tenir compte du fait que l'accord entre les entreprises membres a vocation à s'appliquer non seulement sur le territoire français mais également à l'étranger. Il suffit qu'il couvre au moins une partie du territoire national.

## § 2. — Réglementation applicable aux ententes dont l'influence s'étend à des pays membres de la C.E.E.

97. — Les affaires soumises à l'examen de la Commission ont montré l'existence d'ententes dont l'influence s'étend à des pays membres de la C.E.E. L'exercice de la concurrence étant réglementé à la fois sur le plan communautaire par le Traité de Rome et sur le plan interne par les différentes législations nationales, des difficultés surgissent. La question la plus délicate est celle de l'application de la loi interne, par le juge ou l'organisme de contrôle national, lorsqu'une entente entre à la fois dans le champ d'application du droit national et du droit communautaire. Inversement, le problème s'est posé de l'application par la Commission française de l'article 85 du Traité de Rome.

---

(111) Rapport pour 1960, p. 11.



## A. — APPLICATION DU DROIT INTERNE AUX ENTENTES RELEVANT DU DROIT COMMUNAUTAIRE

98. — Lorsqu'une entente étend son influence au marché européen la question se pose de savoir si le droit interne peut cependant lui être appliqué lorsqu'il apparaît que la situation relève à la fois des règles de droit nationales et communautaires.

99. — Deux théories divergentes s'opposent à ce sujet. Celle dite de la « barrière unique », soutenue par le professeur Catalano (112), aboutit à écarter le droit national en vertu de la prééminence du droit communautaire dès que ce dernier trouve l'occasion de s'appliquer. Selon la thèse de la « double barrière », au contraire, les deux ordres juridiques, national et communautaire, s'appliquent concurremment car les deux réglementations ont des objets distincts, et, partant, des champs d'application différents (113).

100. — La question a été tranchée, en 1969, par la Cour de justice des Communautés, dans l'arrêt *Walt-Wilhelm* (114) en faveur d'une application parallèle des deux ordres juridiques. Pour éviter les conséquences fâcheuses d'une application extrême de la théorie de la double barrière, il a été jugé, toutefois, que « tant qu'un règlement adopté en vertu de l'article 37 (§ 2e) du Traité n'en a pas disposé autrement, les autorités nationales peuvent intervenir contre une entente, en application de leur loi interne, même lorsque l'examen de la position de cette entente à l'égard des règles communautaires est pendante devant la Commission, sous réserve cependant que cette mise en œuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci » (115).

101. — La Commission française a dû, elle aussi, prendre parti sur ce problème. Appelée à apprécier la situation de la concurrence dans l'industrie des papiers à cigarettes (116), elle a recommandé dans son avis de 1968 une extension de l'enquête aux autres sortes

---

(112) N. CATALANO, *Manuel de droit des communautés européennes*, Dalloz Sirey 1962, p. 321 et s.

(113) A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH, *Droit des ententes de la Communauté économique européenne*, Dalloz 1967, p. 41 et s.

(114) Aff. 14/68, arrêt du 13 févr. 1969, Rec. vol. 15, p. 11.

(115) Sur les conséquences de cette position, notamment en ce qui concerne les sanctions, cf. X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, *op. cit.*, p. 64 et s.

(116) Avis « Fabricants de papier à cigarettes », du 17 mai 1968 : l'avis révèle que la production de papier à cigarettes en France est orientée, pour plus de 80% vers l'exportation et qu'en conséquence, le marché intérieur où le S.E.I.T.A. est l'unique acheteur est relativement restreint. L'influence d'une telle entente se fait donc sentir surtout hors des frontières et pose des problèmes au niveau du droit européen de la concurrence.

de papiers minces (117). Or, la même affaire était simultanément examinée par les services de la Commission de la C.E.E. Le rapport pour 1969 souligne qu'en adoptant cette attitude, la Commission française admettait implicitement que l'éventualité d'une décision de cette Commission ne faisait pas obstacle à une prise de position de sa part (118).

Le rapport pour 1969 souligne la conformité de cette solution à celle retenue par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 13 février 1969 (119), tout en indiquant que la réserve, en vertu de laquelle la mise en œuvre du droit national ne doit pas porter atteinte à l'application du droit communautaire, demandera à être précisée ultérieurement, mais le principe reste posé.

## B. — APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE AUX ENTENTES RELEVANT DU DROIT INTERNE

102. — Le problème de l'application de l'article 85 du Traité de Rome par la Commission française a été soulevé à l'occasion de l'affaire « entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité » à propos de laquelle le ministre avait invité la Commission à se prononcer à la fois au regard du droit interne et du droit communautaire (120).

Le Traité de Rome avait effectivement prévu des dispositions transitoires dans son article 88, aux termes duquel « jusqu'au moment de l'entrée en vigueur des dispositions prises en application de l'article 87, les autorités des Etats membres statuent sur l'admissibilité d'ententes en conformité du droit de leur pays et des dispositions des articles 85... et 86 ». Aucune disposition n'ayant été prise pour l'application de l'article 87 à la date de son avis, la Commission a estimé qu'elle était habilitée à se prononcer sur la licéité de l'entente au regard du droit communautaire, le ministre destinataire de cet avis devant être considéré comme « l'autorité d'un Etat membre appelée à statuer sur l'admissibilité d'une entente » au sens de l'article 88 (121). Cette jurisprudence a été confirmée quelque temps plus tard lors de l'affaire des « Faux et faucilles » (122).

(117) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(118) Rapport pour 1969, p. 118.

(119) Arrêt Walt-Wilhem du 13 févr. 1969, précité.

(120) Avis « Entente franco-belge sur le marché des matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960 : à propos de cette entente, constituée entre des entreprises belges et françaises, mais fonctionnant sur le territoire français, la Commission relève que « l'instruction a fait apparaître des indices d'une situation économique en dehors du territoire français... Notamment, par sa structure et par les moyens dont elle disposerait, l'union commerciale du porphyre qui constitue le support d'une entente et paraît jouir d'un quasi-monopole en Belgique, serait en mesure de s'assurer une position dominante sur un territoire plus étendu ».

(121) Rapport de la Commission technique pour 1960 à 1962, p. 11.

(122) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

103. — Les dispositions transitoires ont cependant pris fin avec le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité, dit « règlement n° 17 » (123). Dans son article 9, ce règlement réserve à la Commission de la C.E.E. « compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85, § 1, inapplicables conformément à l'article 85 § 3 ». Une compétence des Etats membres subsiste, malgré tout, dans le cas où la Commission de la communauté n'aurait encore engagé aucune procédure, pour appliquer uniquement les dispositions de l'article 85, § 1 (124). Le rapport de la Commission technique pour 1960 à 1962 conclut que « c'est seulement dans le cas apparemment peu probable où le Gouvernement français estimerait pouvoir exercer une action utile dans le cadre d'une compétence aussi étroitement limitée que la Commission technique des ententes pourrait être appelée à se prononcer » (125).

En dépit de sa discrétion cette formule exprime une réticence certaine à traiter le problème des ententes en dehors de l'application des règles édictées par l'ordonnance du 30 juin 1945, de manière à pouvoir appliquer l'article 59 ter, homologue français de l'article 85, § 3.



104. — Depuis lors, la question ne s'est plus jamais posée à la Commission. L'éventualité d'une application du droit communautaire par l'instance française devient tout à fait improbable tandis qu'au contraire la possibilité d'un examen simultané par l'autorité française et par les autorités communautaires est clairement affirmée. Il est vrai que les effets sur la concurrence sont appréciés sur le marché national, dans le premier cas, alors que la Cour de Luxembourg ne considère que les pratiques qui affectent le commerce entre Etats. C'est dans cette dernière hypothèse seulement qu'il existe une éventualité de compétence concurrente des instances communautaires et françaises.

Cette éventualité risque de ne pas être négligeable, au moins « quantitativement », du fait de la tendance de la Cour de Luxembourg à retenir les incidences, même très indirectes, d'une activité nationale sur la concurrence dans le Marché commun pour estimer que le commerce entre Etats peut en être affecté. Par suite de cette conception très extensive, les deux droits sont susceptibles d'être appliqués simultanément. Pour être pleinement tolérée, une entente nationale devra donc satisfaire aussi bien aux exigences du droit interne qu'à celles du droit communautaire.

---

(123) J.O.C.E. du 21 févr. 1962, p. 204.

(124) Règlement n° 17, art. 9 § 3.

(125) Rapport pour 1960 à 1962, loc. cit.

## CHAPITRE III

### CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET DE L'ENTENTE

105. — Le profil de l'entente se dessine progressivement à travers l'observation de ses participants, de son domaine. La question se pose de savoir si son objet peut également contribuer à mieux préciser la notion. Il importe, tout d'abord, de distinguer objet et objectifs de l'entente : les objectifs résident, en effet, dans la recherche d'une influence sur le jeu du marché génératrice de profits pour ses auteurs. L'objet formel de l'accord consiste dans l'élaboration d'une organisation commune des activités des adhérents, propre à atteindre cet objectif. Globalement, l'objet est donc le même dans tous les cas. Une entreprise assume, cependant, de nombreuses activités : production, distribution mais également contrôle qualitatif des produits, activités de recherches, etc...

On peut alors se demander si l'accord ayant pour objet une collaboration dans le seul domaine de la recherche scientifique, par exemple, peut être qualifié d'entente au même titre que celui qui uniformise les conditions de vente, ou encore celui qui réserve certains types de fabrications à chaque membre. Cela nous conduira donc à examiner l'incidence de la nature de l'objet de l'accord sur la qualification d'entente (section 1). Il apparaît, par ailleurs, que les accords d'entreprises n'ont pas tous la même étendue : certains ont un objet très vaste et prétendent couvrir l'ensemble des fonctions économiques assumées par les contractants ; d'autres, au contraire, sont ponctuels et recherchent l'uniformisation des comportements sur des points limités. Il convient alors de rechercher si la Commission prête attention à l'étendue de l'objet de l'accord, pour la qualification d'entente (section 2).



## SECTION 1

INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'ENTENTE,  
DE LA NATURE DE L'OBJET DE L'ACCORD  
DES ENTREPRISES

106. — On distingue généralement, en fonction de leur objet, plusieurs types d'accords entre entreprises selon qu'ils réglementent les activités de membres, les conditions de commercialisation, la répartition des profits. Le choix du type de « cartel » (1) est, bien évidemment, fonction des objectifs visés ; la recherche d'une collaboration destinée à maximiser les profits va fréquemment de pair avec une volonté de freiner la concurrence : soit en imposant une limitation « physique » de l'activité de chacun par le jeu des quotas, soit en supprimant l'instrument de concurrence que constitue le prix, soit encore par la mise en œuvre de mécanismes financiers permettant une mise en commun des résultats qui aboutit à retirer à chaque entreprise l'intérêt qu'elle aurait à prendre des initiatives concurrentielles défavorables aux autres. Telle est, du moins, l'analyse théorique dont il importe de vérifier l'exactitude à travers l'examen des avis rendus par la Commission. Nous envisagerons successivement les accords ayant pour objet la détermination des règles applicables à l'activité industrielle et commerciale des membres (§1), ceux qui fixent les modalités communes de commercialisation des produits ou des services par les contractants (§2), et ceux qui prévoient une répartition des bénéfices entre les membres (§3).

**§ 1. — Accords ayant pour objet la détermination des règles applicables à l'activité industrielle et commerciale des membres**

107. — Les accords ayant pour objet la détermination des règles applicables à l'activité industrielle et commerciale des membres peuvent être classés en quatre grands types de cartels en fonction de leur objet : cartels de production, cartels de partage de la clientèle, cartels de rationalisation et cartels de spécialisation. La nature de l'objet n'est pas prise en considération pour la qualification d'entente.

108. — Les cartels de production reposent sur des accords qui fixent le volume de la production assigné à chaque membre de l'entente, en fonction de quotas ou de contingents. Extrêmement fré-

---

(1) Cf. notamment J.-B. BLAISE, op. cit., n° 105.

quents dans les affaires étudiées (2), ils sont quelquefois accompagnés d'accords de répartition quantitative des approvisionnements (3). Une répartition par nature d'utilisation peut compléter ou même constituer l'essentiel de la répartition quantitative lorsque cette nature d'utilisation définit une clientèle et un marché: l'accord peut parfaitement prévoir un renversement des positions quantitatives respectivement occupées par les entreprises en cause et, en contrepartie, la renonciation aux « autres débouchés » pour celle à laquelle est affecté le plus fort quota de production (4).

109. — Les cartels de partage de clientèle attribuent à chaque entreprise certains clients déterminés individuellement ou catégoriellement. Moins nombreux que les précédents, ils correspondent fréquemment à des ententes de partage de la clientèle publique (5) mais peuvent concerner aussi bien la clientèle privée (6).

(2) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955 ; « Fûts métalliques », du 17 mars 1956 ; « Lampes électriques », du 26 mai 1956 ; « Fils et câbles », des 19 janv. 1957, 17 mai 1963, 9 juil. et 17 sept. 1971 ; « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 ; « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », des 21 févr. 1958 et 22 mars 1963 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 ; « Tubes d'acier », du 1er avril 1960 ; « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960 ; « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 ; « Aciers étirés », des 16 déc. 1961 et 20 févr. 1970 ; « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964 ; « Industrie du jute », des 19 déc. 1964 et 18 juin 1971 ; « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965 ; « Emballages en bois de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1965 ; « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », des 20 janv. et 5 juil. 1967 ; « Lin et chanvre », du 22 sept. 1967 ; « Lampes électriques » (accords entre le groupe Philips-Cie des lampes et la société Claude-Paz-Visseaux), du 22 avr. 1966 ; « Papiers à cigarettes », du 17 mai 1968 ; « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969 ; « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969 ; « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969 ; « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973 ; « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973 ; « Ficelles », du 4 juin 1975.

(3) Avis « Demi-produits en métaux cuivreux », des 21 févr. 1958 et 22 mars 1963 ; « Sucres dénaturés », des 2 oct. et 27 nov. 1970.

(4) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.

(5) Cf. les avis : « Cœurs d'aiguillages en acier », du 21 juin 1958 ; « Industrie de l'acier moulé », du 22 juin 1962 ; « Installateurs de lignes électriques à haute tension », du 19 févr. 1966 ; « Industrie des compteurs d'eau », du 18 mars 1966 ; « Entreprises exécutant des travaux d'étanchéité », du 8 juil. 1966 ; « Papiers à cigarettes », du 17 mai 1968 ; « Blanchisseurs industriels de la région parisienne », du 17 mai 1969 ; « Canalisations d'eau et d'assainissement », du 4 juil. 1969 ; « Développement et tirage de films », du 16 janv. 1970 ; « Canalisations souterraines dans la région de Lyon », du 17 mars 1972 ; « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973 ; « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973 ; « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973 ; « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 ; « Construction de l'immeuble de la direction de l'Équipement du Gard », du 5 mars 1976 ; « Construction de tours hertziennes », du 6 juil. 1976.

(6) Avis « Publicité », du 4 janv. 1958.

110. — Les cartels de rationalisation ont pour base des accords précisant les normes et types de produits à adopter par l'ensemble de la profession. Les accords de rationalisation accompagnent souvent les accords de répartition quantitative et sont parfois imposés par la Commission elle-même lorsqu'elle accorde à l'entente une période probatoire avant un nouvel examen de la situation de la concurrence dans le secteur considéré (7).

111. — Les cartels de spécialisation, enfin, réservent certains types de fabrications à chaque membre (8). Le programme de spécialisation entre les entreprises peut avoir pour objet de conférer à chacun un monopole de production dans sa spécialité (9). Spécialisation et réduction des producteurs vont parfois de pair avec la réduction du nombre des modèles (10). Les accords de spécialisation peuvent aussi favoriser une opération de concentration en cours (11).

112. — L'examen des affaires montre qu'il existe, à côté des catégories classiques, des cartels que l'on pourrait appeler cartels « d'élimination ». Il s'agit soit d'obtenir de tous les adhérents le respect collectif d'une obligation de ne pas faire (12), soit de certains d'entre eux une obligation de faire (13), afin d'éliminer dans un délai assez bref certaines entreprises du marché.

## § 2. — Accords ayant pour objet la détermination des règles applicables à la commercialisation des produits ou services couverts par l'entente

113. — Les accords ayant pour objet la commercialisation des produits ou services couverts par l'entente sont pratiquement des cartels de prix, complétés ou renforcés par des accords sur les conditions de vente et les rabais.

---

(7) 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(8) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Fils et câbles », du 19 janv. 1957 ; « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1956 ; « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 ; « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965 ; premier avis « Verre creux », du 26 avr. 1968 ; « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(9) Avis « Fabricants de culots de lampes électriques », du 26 mai 1956.

(10) Avis « Outils agricoles », du 22 juin 1957.

(11) Avis « Fabricants de petits articles métalliques », du 20 févr. 1965 : l'entente générale coiffait plusieurs ententes constituées par des groupes professionnels réunis par catégories de fabrication.

(12) Obligation collective de ne pas ou ne plus contracter avec un fournisseur, cf. l'avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970 ; T.G.I. Castres, 13 mars 1970, D. 1970 p. 358, note Ch. LAVABRE.

(13) Obligation faite à certaines entreprises de renoncer à la clientèle de leur client le plus important et, donc, de se retirer du marché, cf. l'avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », du 21 nov. 1958.



114. — Les cartels de prix purs et simples sont, de loin, les plus nombreux et représentent la presque totalité des affaires étudiées. L'accord ayant pour objet de fixer une politique commune de prix accompagne souvent, en effet, d'autres types d'accords, bien que l'entente puisse être tendue vers ce seul objectif (14).

115. — Le cartel de conditions de vente est, en revanche, celui que l'on rencontre le moins souvent. Cette « rareté » relative peut être due au fait que les avis sont imprécis, indiquant simplement que l'entente a « uniformisé les conditions de vente », ou a imposé l'utilisation de « conventions types » réglant les conditions de vente aux utilisateurs et interdisant aux négociants de fournir à la clientèle des produits de remplacement sans consultation préalable des producteurs (15).

116. — Les cartels de rabais, assez répandus, ont des rôles très divers. L'accord peut, tout d'abord, prescrire un plafonnement du taux des remises susceptibles d'être consenties à la clientèle (16) : en ce cas, il s'agit d'une modalité particulière des cartels de prix. Le cartel de rabais proprement dit joue le même rôle mais a, en outre, un objectif dissuasif du fait que le taux des remises est fonction des achats effectués auprès de l'ensemble des membres (17). Les rabais interviennent, enfin, dans les accords de spécialisation lorsque les entreprises en entente, désirant conserver un catalogue complet à l'égard de leur clientèle, s'achètent réciproquement les produits qu'elles ne fabriquent plus et deviennent ainsi sous-traitantes les unes des autres (18) : ces rabais pour rétrocession s'apparentent aux pénalités et indemnités qui opèrent une répartition indirecte des bénéfices entre les membres de l'entente.

### § 3. — Accords ayant pour objet la répartition de bénéfices entre les membres de l'entente

117. — Les cartels de bénéfices ont pour objet la répartition des bénéfices entre les membres de l'entente. Les avis de la Commission n'en donnent que deux exemples, mais ils sont vraisemblablement plus nombreux en pratique. La répartition des bénéfices peut résulter d'un accord prévoyant l'attribution forfaitaire des bénéfices nets en fonction de pourcentages établis sur la base des ventes ef-

---

(14) Cf. en particulier l'avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968.

(15) Avis « Négoce des produits d'amiante-ciment », du 16 juin 1967 ; « Fabrication et distribution des phonogrammes », du 17 mai 1977 ; « Pièces détachées pour automobiles », du 17 juin 1977.

(16) Avis « Gobeletterie », du 16 avr. 1975.

(17) Sur les rabais cartellisés, infra n° 238 et s.

(18) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956.



fectuées au cours de deux années prises comme années de référence, et révisés une seule fois, lors de l'entrée d'un cinquième adhérent ; les pertes éventuelles sont supportées dans les mêmes proportions (19). Des systèmes plus complexes peuvent être mis en œuvre comme en témoigne l'affaire des « Fûts métalliques » (20) : constituée entre six fabricants représentant près de 85 % du chiffre d'affaires de la profession, l'entente reposait sur un mécanisme compliqué destiné à perpétuer, et à masquer, le système de quotas avec pénalités et indemnisation qui avait fonctionné ouvertement jusqu'en 1959. La mise en œuvre de l'accord avait entraîné la constitution d'une société en participation ; il était prévu l'apport par chaque associé d'une part du produit de ses ventes déterminée d'après un taux de marge forfaitaire, en vue de la constitution d'une masse commune répartie ensuite au prorata des parts statutaires de chacun. Ces apports correspondaient au produit des chiffres d'affaires par le taux de marge moyen obtenu par la société, ce qui permettait de sanctionner, lors des règlements entre adhérents, les écarts d'activité par rapport aux parts statutaires. En outre, il avait été procédé à partir de 1960 à une différenciation des taux de la marge apportée suivant les entreprises : ceci donnait lieu à des compensations, le versement de solde effectué par un associé ou à son profit étant fonction à la fois de l'importance relative de son chiffre d'affaires et de la nature des produits fabriqués par lui, les conséquences pouvant se neutraliser ou se cumuler. La Commission relevait dans son avis que ce mécanisme revenait à perpétuer le système de quota antérieurement pratiqué, car, bien que le seuil de déclenchement des versements ne corresponde plus rigoureusement à la part statutaire, il continuait de lui être directement lié et en était d'autant plus proche que le taux de la marge d'apport (c'est-à-dire la rentabilité des catégories d'articles fabriqués) était plus élevé.

118. — Dans tous les types d'accords envisagés, on peut constater qu'il n'est pas tenu compte de la nature de l'objet pour la qualification d'entente. Seul compte le fait que des entreprises se sont mises d'accord pour instituer une organisation collective de leurs activités.

---

(19) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(20) Deuxième avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965.

## SECTION 2

INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'ENTENTE,  
DE L'ÉTENDUE DE L'OBJET DE L'ACCORD  
POUR CHAQUE ENTREPRISE

119. — L'établissement d'une réglementation commune des activités des entreprises apparaît comme l'une des caractéristiques de l'entente. La coordination des actions suppose l'abandon, par chaque entrepreneur, dans une mesure variable, de son autonomie de décision au profit d'une discipline collective de comportement. L'objet de l'accord peut être très large, organisant l'ensemble des activités des membres ou, au contraire, ponctuel et limité à l'institution d'une discipline commune dans un domaine particulier. La question est alors de savoir si l'étendue de l'objet de l'accord, pour chaque entreprise, doit être prise en considération pour la qualification d'entente. L'analyse des avis conduit à distinguer, en fonction de l'étendue de l'objet de l'accord, trois catégories d'ententes : la qualification est, en effet, retenue à l'égard des ententes générales fondées sur des accords organisant l'ensemble des fonctions économiques de chaque entreprise adhérente (§ 1), des ententes spéciales ayant un objet plus limité (§ 2) et, enfin, la qualification d'entente peut également être retenue à l'encontre de l'accord conclu à l'occasion d'une affaire déterminée (§ 3).

**§ 1. — Application de la qualification d'entente aux accords ayant pour objet l'organisation collective de l'ensemble des fonctions de l'entreprise : ententes générales**

120. — Les accords conclus entre les entrepreneurs peuvent avoir pour objet une organisation collective de l'ensemble des fonctions économiques de l'entreprise. Il s'agit soit de réglementer à la fois les fonctions de production et de distribution, lorsque les entrepreneurs sont des producteurs, soit d'instituer une véritable réglementation professionnelle, pour les entreprises du secteur des services. La qualification d'entente a été retenue dans les deux cas.

**A. — ENTENTES ORGANISANT L'ENSEMBLE DES FONCTIONS DE PRODUCTION ET DE DISTRIBUTION**

121. — La Commission a eu à se prononcer, dans des hypothèses assez nombreuses, sur des accords ayant pour objet d'organiser en commun à la fois les fonctions de production et de distribution. Elle a retenu la qualification d'entente.

Le cas le plus simple et le plus fréquemment envisagé par les avis est celui des ententes recourant à la combinaison d'accords de répartition quantitative de la production, des approvisionnements, et d'accords de prix (21). Une organisation plus élaborée consiste à prévoir, en outre, un contingentement des ventes (22), éventuellement accompagné d'une répartition géographique des livraisons (23). Les producteurs peuvent aussi créer leur propre réseau de distribution en s'attachant certains négociants (24) ou en créant une société spécialement constituée aux fins d'assurer la distribution exclusive de leurs produits (25). Dans les ententes les plus organisées, une collaboration et une assistance techniques sont également prévues (26).

## B. — ENTENTES INSTITUANT UNE REGLEMENTATION DES ACTIVITES PROFESSIONNELLES

122. — Les entreprises du secteur des services concluent quelquefois des accords ayant pour objet l'institution d'une véritable réglementation professionnelle. Elles manifestent par là une tendance à se substituer aux pouvoirs publics pour édicter de leur pro-

(21) Cf. en particulier les avis suivants : « Fils et câbles », des 19 janv. 1957, 17 mai 1963 et 7 sept. 1971 ; « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 ; « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960 ; « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 ; « Industrie du sel », du 17 nov. 1962 ; « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965 ; « Industrie du lin et du chanvre », du 22 sept. 1967 ; « Papiers à cigarettes », du 17 mai 1968 ; « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969 ; « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969 ; « Aciers étirés », du 20 févr. 1970 ; « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973 ; « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973 ; « Ficelles en fibres douces », du 23 mai 1975 ; « Fabricants de matériaux pour canalisations d'eau », du 30 sept. 1977.

(22) Cf. par exemple les avis : « Industrie et commerce de la levure de panification », du 24 sept. 1955 ; « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964 ; « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 5 juil. 1967.

(23) Cf. les avis : « Levure de panification », des 24 sept. 1955 et 17 oct. 1964 ; « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 5 juil. 1967 ; « Industrie des ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969.

(24) « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 5 juil. 1967 ; « Levure de panification », des 24 sept. 1955 et 17 oct. 1964 ; « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964.

(25) Cf. les avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », du 5 juil. 1967 ; « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969.

(26) Deuxième avis « Industrie des lampes électriques », du 22 avr. 1966 : un organe commun de fabrication avait été créé par les membres de l'entente, une collaboration technique réciproque était prévue ainsi qu'une répartition équitable des résultats ; notons qu'en l'espèce, la politique commune de prix (avec répartition géographique du marché, barème de prix-plancher et interdiction d'exportations vers le Bénélux) se limitait au marché extérieur, les adhérents conservant leur entière liberté sur le marché intérieur.

pre initiative des règles, souvent contraignantes, relatives aux conditions d'accès au marché et d'exercice de la profession. Cette organisation, très protectrice, constitue une entente. Les cas envisagés par les avis ne sont pas nombreux (27).

## § 2. — Application de la qualification d'entente aux accords limités à l'organisation de certaines fonctions de l'entreprise : ententes spéciales

123. — Les entrepreneurs opérant sur le marché désirent parfois coordonner une partie seulement de leurs activités et n'abandonner leur pouvoir de décision que pour certaines actions. L'étroitesse de l'objet de l'accord est un élément indifférent en ce qui concerne la qualification d'entente.

Celle-ci peut donc être retenue à l'encontre des accords limités à l'organisation des fonctions de production ou de distribution.

### A. — ENTENTES LIMITEES A L'ORGANISATION DES FONCTIONS DE PRODUCTION

124. — L'accord d'entente limité à l'organisation des fonctions de production a généralement pour objet la régulation du volume global de la production des membres. Il repose sur une répartition quantitative se traduisant par l'affectation à chaque adhérent de quotas, assortis en principe de pénalités pour avance et indemnités pour retard (28). L'effet recherché est d'assurer aux entreprises une certaine stabilité de leurs débouchés (29) qui leur paraît par-

---

(27) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958 : les règles étaient contenues dans un « code des usages professionnels » qui subordonnait notamment l'exercice de la profession de courtier de publicité à la possession d'une carte professionnelle (carte accréditive de commission) dont les conditions d'octroi et de retrait limitaient l'accès à la profession ; ce code interdisait, en outre, aux courtiers d'abandonner leur commission, versée à titre de rémunération exclusive, au profit de leurs clients annonceurs ; toute mutation de clientèle était, enfin, considérablement freinée, sinon interdite, par l'existence d'une indemnité de dépossession très élevée due à tout intermédiaire ayant perdu un client ; deux commissions d'exécution, chargées l'une de la délivrance des cartes, l'autre jouant le rôle d'une véritable juridiction professionnelle, venaient parfaire cette organisation minutieuse. Cf. également l'avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976.

(28) Cf. les avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955 ; « Lampes électriques », du 26 mai 1956 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Industrie du jute », des 19 déc. 1964 et 18 juin 1971. Supra n° 108 ; infra n° 277 et s.

(29) Il est intéressant de relever que, sur les hypothèses assez peu nombreuses d'ententes organisant seulement les fonctions de production, deux ont trait à des ententes constituées pour favoriser des opérations de reconversion et de concentration (avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955 ; « Industrie du jute », des 19 déc. 1964 et 18 juin 1971), l'une est intervenue alors que des opérations de concentration étaient en cours (avis « Industrie des lampes », du 26 mai 1956) et une autre a été remplacée, à la suite d'opérations de fusion par absorption, par une position dominante quasi monopolistique (avis « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961).



ticulièrement nécessaire, lorsqu'il s'agit d'industries fortement capitalistiques pour lesquelles une certaine sécurité touchant aux débouchés est recherchée pour atténuer le risque inhérent à d'importants investissements dont l'amortissement doit être assuré (30).

## B. — ENTENTES LIMITEES A L'ORGANISATION DES FONCTIONS DE DISTRIBUTION

125. — Les accords d'entente ayant pour objet l'organisation des fonctions de distribution sont parmi les plus répandus dans les avis de la Commission. Il s'agit de mettre en œuvre une politique commerciale commune aux adhérents, voire à deux ententes (31), principalement par l'établissement de tarifs et barèmes communs (32). Il convient de souligner que l'organisation de la distribution peut être le fait des producteurs, soit qu'ils continuent à se faire concurrence au stade de la production et organisent les fonctions de gros (33), soit qu'ils établissent les prix à payer par stades de distribution en accord avec les revendeurs (34). Inversement, la fixation des prix peut résulter de l'action des distributeurs eux-mêmes (35).

### § 3. — Application de la qualification d'entente aux accords conclus à l'occasion d'une affaire déterminée : ententes ponctuelles

126. — Lorsque, pour une affaire déterminée revêtant une certaine importance, un client d'envergure décide de recourir à la concurrence, spontanément ou parce qu'il y est tenu par les règles qui le régissent, les entreprises capables de réaliser l'opération peuvent conclure une entente limitée à cette seule opération ; dans les autres domaines d'activité, elles conserveront leur pleine liberté d'action. Dans les affaires examinées par la Commission, cette hypothèse ne s'est présentée qu'à l'occasion des ententes de répartition

---

(30) Rapport pour 1957, p. 213.

(31) Lorsqu'une entente agit comme l'auxiliaire d'une autre, les deux peuvent adopter une politique commerciale commune (avis « Importation de faux, faucilles et matériel agricole », du 22 juin 1962).

(32) Diverses obligations peuvent, accessoirement, être mises à la charge des membres : tenue d'une comptabilité matières (avis « Confectionneurs de cravates marque Tergal », du 19 oct. 1963), obligation de se soumettre au contrôle, par une société extérieure, de la comptabilité et de communiquer les documents commerciaux (avis « Conserverie des champignons de couche », du 18 oct. 1968).

(33) Avis « Négoce des produits d'amiante-ciment », du 16 juin 1967 : l'entente regroupait les producteurs maîtres du marché et avait pour objet l'organisation de la distribution par le jeu d'accords avec des négociants agréés, tenus de respecter les conditions de commercialisation fixées par le protocole d'accord conclu avec les producteurs.

(34) Cf. les avis « Production et distribution des appareils de production d'eau chaude par le gaz », du 30 sept. 1977 ; « Production et distribution des phonogrammes », du 17 mai 1977.

(35) Avis « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975.

des marchés publics. Une telle coalition d'entreprises peut être considérée comme la forme la plus élémentaire de l'entente (36). L'accord peut être exclusivement ponctuel (37). Il convient, toutefois, de noter que les ententes ponctuelles peuvent facilement devenir habituelles. L'entente ponctuelle est parfois l'indice d'une entente permanente : l'institution d'un « tour de rôle » doit, à cet égard, être considérée comme révélatrice d'une entente de durée (38). La répartition opérée à l'occasion d'un marché déterminé peut, enfin, constituer l'expression d'une entente plus générale, justifiant une surveillance particulière du secteur en cause (39).



127. — L'examen des affaires soumises à la Commission a révélé la diversité de l'objet des accords par lesquels les entreprises organisent en commun certaines fonctions économiques. La qualification d'entente est retenue quelle que soit l'étendue de l'objet et quelle que soit la diversité des fonctions organisées en commun. Le rapport pour 1956, établissant une typologie des variétés d'entente constatées, insistait sur ce point :

« Quant au champ d'application de l'entente, on rencontre des gradations... depuis l'entente limitée à un seul aspect de l'activité ou des débouchés, les seuls marchés publics, par exemple, jusqu'à l'entente couvrant l'ensemble d'une production déterminée » (40).

Ni la multiplicité, ni la nature des fonctions de l'entreprise organisées en commun ne permettent de caractériser l'entente susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 59 bis. On constate, en revanche, que tout accord qualifié d'entente a pour objet d'organiser une ou plusieurs fonctions économiques de l'entreprise. Cette organisation collective, si limitée soit-elle, est indispensable. La mise en œuvre d'une discipline de comportement résultant de l'organisation en commun d'une ou de plusieurs fonctions économiques de l'entreprise constitue donc le premier élément « caractérisant » de l'entente.

---

(36) Cf. les avis : « Entrepreneurs de construction de casernements de la région parisienne », du 18 déc. 1955 ; « Installateurs de lignes électriques à haute tension », du 19 févr. 1966 ; « Blanchisseurs industriels de la région parisienne », du 19 janv. 1969 ; « Pose de canalisation d'eau et d'assainissement », du 4 juil. 1969 ; « Laboratoires de développement et tirage de films », du 16 janv. 1970 ; « Canalisations souterraines dans la région de Lyon », du 17 mars 1972 ; « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973 ; « Equipement du Gard », du 5 mars 1976 ; « Constructions de tours hertziennes », du 6 juil. 1976.

(37) Avis « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973.

(38) Avis « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973. Sur la pratique des « tours de rôle », cf. l'avis « Distribution des produits pétroliers », du 21-mai 1976 et infra n° 213.

(39) Avis « Fûts métalliques », des 17 mars 1956 et 24 sept. 1965 ; « Travaux d'étanchéité », du 8 juil. 1966.

(40) Rapport pour 1956, p. 17.



## SOUS-TITRE II

---

### CONDITIONS RELATIVES A L'EXPRESSION DE L'ENTENTE VISEE A L'ARTICLE 59 bis

128. — Nous avons observé, en recherchant d'éventuelles conditions relatives à l'organisation de l'entente visée à l'article 59 bis, qu'elle peut s'analyser comme l'accord par lequel plusieurs personnes, exerçant leur activité dans un secteur économique quelconque, instituent une discipline collective de comportement relative à tout ou partie des fonctions économiques de l'entreprise. La question est alors de savoir si la qualification d'entente est subordonnée à des conditions relatives à l'expression de cet accord. Si l'on se réfère à l'article 59 bis on constate qu'il vise indistinctement « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, sous quelque forme que ce soit* ».

La rédaction du texte français peut paraître critiquable du fait de son manque de logique dans la classification, alors qu'au contraire l'article 85 du Traité de Rome marque, par les termes utilisés, une progression établie « pour désigner ces pratiques suivant une dégradation de la forme contractuelle » (1). La rédaction plus anarchique de l'article 59 bis peut cependant s'expliquer par le désir du législateur de ne pas lier le juge ou l'instance de contrôle par une formule trop précise (2), afin de faire entrer dans le champ d'applica-

---

(1) J. GUYENOT, Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises dans le Marché commun, op. cit., n° 47.

(2) On sait que l'une des causes de l'échec de l'article 419 du Code pénal en matière d'ententes tient à sa rédaction beaucoup trop détaillée, donc gênante, et à l'interprétation restrictive qui en a été faite par les juridictions répressives conformément aux principes de droit pénal (Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, Le recul du contrôle judiciaire, précité).



tion du texte un phénomène extrêmement varié dans ses manifestations (3).

Cette variété rend justement difficile la qualification d'entente. Le rapport pour 1975 insiste d'ailleurs sur cet aspect du travail de la Commission, qui doit

« rechercher dans chaque affaire qui lui est soumise si le type de relations qui s'est établi entre les parties constitue bien une entente ou une action concertée au sens de l'article 59 bis » (4).

Une telle recherche est très importante dans la mesure où l'entente constitue une condition impérative et spécifique de l'application de l'article 59 bis, ainsi qu'il ressort de la position adoptée par la Commission en 1972 à propos des « offres de principe non concertées » (5). Il convient, alors, d'examiner si la qualification d'entente est subordonnée à l'existence de relations répondant à des conditions juridiques. Le rapport pour 1975 conduit à distinguer deux sortes de situations selon que l'entente est expresse ou tacite.

129. — S'agissant des ententes expresses, coulées dans un « moule juridique » connu, le problème consiste à rechercher si la forme juridique adoptée a une influence sur la qualification d'entente. La fréquence des ententes expresses ayant pour « support » juridique, selon les termes de la Commission (6), un groupement doté de la personnalité juridique est telle que l'on est amené à se demander si la création ou l'utilisation de tels groupements peut être considérée comme un élément de qualification (Chapitre I).

130. — Le problème de la qualification d'entente se pose différemment en l'absence de groupements juridiquement organisés, en particulier lorsqu'il n'existe aucune expression juridique de l'accord entre les entreprises. Les ententes tacites sont, toutefois, expressément envisagées par l'article 59 bis et leur nombre tend à s'accroître au fur et à mesure que les travaux de la Commission sont mieux connus (7). La question consiste à déterminer ce que peut être une entente tacite, c'est-à-dire à rechercher si ce n'est qu'une sorte de « gentlemen's agreement » sans force obligatoire ou si, au contraire, l'existence d'une convention est indispensable. Il convient donc d'examiner si la qualification de l'entente est subordonnée à la conclusion de contrats (Chapitre II).

(3) J.-B. BLAISE, thèse précitée, n° 80.

(4) Rapport pour 1975, p. 997.

(5) Rapport pour 1972, p. 25 : s'il n'y a pas d'entente entre les entreprises, leurs pratiques anticoncurrentielles ne peuvent être envisagées au regard de l'article 59 bis ; *infra*, n° 219.

(6) Rapport pour 1960 à 1962, p. 12.

(7) Rapport pour 1970, p. 419. Rapport pour 1975, p. 997. *Adde*, M. BRUSETTI, Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes, Thèse, Grenoble 1977.

## CHAPITRE I

### CONDITIONS RELATIVES A LA CREATION OU A L'UTILISATION DE GROUPEMENTS

131.— Il apparaît, à travers les avis, que les ententes juridiquement organisées recourent très fréquemment à des techniques sociétaires donnant naissance à un groupement. Celles qui recherchent une certaine permanence créent ou utilisent un organisme doté de la personnalité juridique, afin de mieux coordonner leur action sur le marché. La question se pose, dès lors, de savoir si le recours à une personne morale peut être considéré comme un élément de la qualification d'entente. Lorsque des entrepreneurs se regroupent dans un organisme doté de la personnalité juridique, selon des techniques juridiques pleinement licites, on peut toutefois se demander si le groupement peut encore être qualifié d'entente au sens de l'article 59 bis. Dans l'affirmative, ne court-on pas le risque de considérer toutes les formes juridiques permettant aux entreprises de se regrouper comme constitutives d'ententes ? Tels sont les problèmes que nous nous proposons de résoudre en examinant tout d'abord l'incidence, sur la qualification d'entente, de la création ou de l'utilisation de groupements (section I). Nous verrons ensuite comment la qualification d'entente peut être appliquée à certaines catégories particulières de groupements (section 2).

## SECTION I

INCIDENCE, SUR LA QUALIFICATION D'ENTENTE,  
DE LA CREATION OU DE L'UTILISATION  
DE GROUPEMENTS

132. — L'examen des avis de la Commission conduit à constater une fréquence particulière des ententes organisées selon des techniques sociétaires. Face à ces groupements, comment procéder à la qualification d'entente ? Durant de nombreuses années, cette qualification a été liée à la qualification globale d'entente illicite puisque les notions d'entente et d'entrave à la concurrence n'étaient pas dissociées avant 1974. Il est évident que la qualification d'« entente illicite » permet de faire apparaître, *a posteriori*, le caractère d'entente du groupement en cause. Le rapport pour 1975 (1) prend d'ailleurs soin d'établir une distinction entre la forme juridique par laquelle s'exprime l'accord d'entente, à laquelle la Commission a toujours affirmé être totalement indifférente (2), et l'instrument de l'entente illicite qui peut être soit l'acte constitutif du groupement (3), soit un acte de ses organes tels qu'une circulaire (4), un barème (5) ou un règlement professionnel (6), soit une convention conclue sous son égide (7).

Le groupement créé ou utilisé n'est pas, par lui-même, une « entente » ; il n'en est que le « support » ou l'instrument d'intervention. Peu importe, alors, qu'une personne morale ait été spécialement constituée pour servir de « support » à l'entente ou qu'une entente soit venue se greffer après coup sur une personne morale originellement licite. Le rapport pour 1973 insiste ainsi sur la « hardiesse » de la démarche suivie à propos de l'affaire « huiles usa-

---

(1) Rapport pour 1975, p. 997.

(2) Cf. par exemple le rapport pour 1967, p. 321.

(3) Avis « Procirep/O.R.T.F. », des 21 mars et 25 avr. 1975 : selon l'avis, « il ressort des termes mêmes... des statuts de la société Procirep et... il n'est pas contesté par la société que celle-ci constitue une entente entre les détenteurs de droits cinématographiques dont la société est mandataire ».

(4) Avis « Gobeletterie », du 16 avr. 1975 : le syndicat des grossistes de verrerie adressait lesdites circulaires à ses adhérents ainsi qu'à des grossistes non syndiqués.

(5) Avis « Laboratoires photographiques », du 28 févr. 1975. On observera que les barèmes constituent l'instrument privilégié des ententes ayant pour support un syndicat professionnel ou une association, ces groupements ne pouvant exercer aucune activité économique directe.

(6) L'exemple est illustré par les avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960, ou « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(7) Avis « Ficelles », du 4 juin 1975 : l'instrument de l'entente était une convention de partage quantitatif du marché conclue entre six entreprises, couvrant 87 % du marché, en 1971 sous l'égide du syndicat professionnel qui diffusait des barèmes de prix à ces entreprises ainsi qu'à ses autres adhérents.

gées » (8) et déclare que « de même qu'une entente peut s'ériger en personne morale sans perdre son caractère illicite, de même une personne morale, compte tenu de ses agissements et de la répartition de son capital, peut se dégrader en entente » (9).

Le recours à un groupement doté de la personnalité juridique n'est pas indispensable et l'entente peut se constituer grâce à des techniques sociétaires n'aboutissant pas à la création d'une personne morale. Inversement, la question se pose de savoir si le recours à une « structure de groupe » peut favoriser l'éclosion d'ententes. Nous examinerons donc successivement comment la Commission procède à la qualification d'entente lorsque des entreprises créent ou utilisent des groupements dotés (§ 1) ou non dotés (§ 2) de la personnalité juridique ou s'appuient sur une « structure de groupe » (§ 3).

## § 1. — Création ou utilisation de groupements dotés de la personnalité juridique

133. — L'accord constitutif de l'entente peut s'exprimer à travers plusieurs groupements dotés de la personnalité juridique. Il est plus délicat de se prononcer en présence d'un groupement unique qui semble exclure, par le fait même, l'existence d'une « entente ». Nous distinguerons donc ces deux hypothèses.

### A. — CREATION OU UTILISATION DE PLUSIEURS PERSONNES MORALES

134. — La Commission a retenu la qualification d'entente à l'encontre d'entreprises regroupées dans plusieurs organismes dotés de la personnalité juridique. Il s'agit là d'ententes complexes (10) dans lesquelles sont combinées des techniques sociétaires et contractuelles. La qualification d'entente a été retenue lorsque des entrepreneurs utilisent, pour la mise en œuvre de leurs accords de répartition, plusieurs sociétés auxquelles les participants doivent obligatoirement appartenir (11).

Le recours à un groupe de personnes morales de natures juridiques différentes peut soulever des problèmes particuliers. L'hypothèse s'est présentée lors de l'affaire des « producteurs et négociants d'agrégats de la région parisienne » (12). Trois organismes, appa-

---

(8) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(9) Rapport pour 1973, p. 2604.

(10) L'existence d'ententes complexes est relevée par la Commission dans son rapport pour 1960 à 1962, p. 12.

(11) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 : l'entente s'appuyait sur deux sociétés créées pendant la guerre ou au lendemain de celle-ci pour l'application de mesures de rationnement.

(12) Avis « Producteurs et négociants d'agrégats de la région parisienne », des 20 janv. et 5 juil. 1967.



remment très différents, agissaient en étroite collaboration sur le marché en cause : un syndicat professionnel de producteurs, une société anonyme et une association. Pour la Commission, ces trois personnes morales ne constituaient qu'une seule et même entente. L'avis déclare, en effet, que si les groupements

« ont été formés selon des procédés juridiques différents et s'ils ont reçu... des objets en partie distincts, il existe entre eux des liens étroits tenant à leur structure, à leur composition, aux moyens dont ils disposent et aux activités qu'ils exercent effectivement dans le cadre de la profession » (13).

Il semble que l'ensemble des relations constatées ait été déterminant dans la qualification d'entente. La Commission n'entend donc pas s'en tenir aux apparences et retient tous les éléments de fait qui prouvent ou rendent vraisemblable l'existence d'un accord sur la conduite à adopter entre les différentes personnes morales soumises à son examen.

## B. — CREATION OU UTILISATION D'UNE PERSONNE MORALE UNIQUE

135. — La question se pose de savoir si la qualification d'entente peut être retenue à l'égard d'une personne morale unique. Il semble, en effet, y avoir quelque contradiction entre la notion d'entente, phénomène collectif, et l'existence d'un seul participant.

136. — La Commission avait eu à envisager le problème en 1962 et avait estimé qu'une société unique constituait une entente (14). Commentant l'avis, le rapport pour 1960 à 1962 déclarait que la solution s'expliquait par le fait que, dans les conditions où elle se livrait à l'importation en France de certains produits, cette société était apparue comme l'auxiliaire de l'entente française des fabricants de ces produits (15). Ces termes laissaient donc supposer que

---

(13) L'entente a été constituée de la façon suivante : un « Service d'étude du marché » (S.E.M.) groupant 53 producteurs a été créé au sein du syndicat professionnel qui comptait 72 adhérents ; le S.E.M. a lui-même été divisé en neuf groupes d'exploitants dont l'un, sous la forme d'une société anonyme (COSAPES), comportait quinze producteurs associés ; le COSAPES jouait le rôle de comptoir exclusif de vente. Par ailleurs quatre-vingt-sept négociants et trente-six producteurs (dont trente-et-un faisaient également partie du S.E.M. et quinze appartenaient à la fois au S.E.M. et au COSAPES) ont créé en 1963 un groupement interprofessionnel (G.I.A.R.P.A.) sous la forme d'une association. L'avis précise que le S.E.M. et le G.I.A.R.P.A. étaient dirigés par les mêmes personnes et avaient leur siège au même endroit ; le S.E.M. jouait un rôle important, en concertation avec les autres groupements : il avait prévu un partage géographique du marché, fixé des quotas de production et adressait à ses adhérents des tarifs de prix imposés dont il surveillait l'application ; le G.I.A.R.P.A. diffusait lui-même à ses adhérents des barèmes de « prix-plancher » à partir des tarifs du S.E.M.

(14) Avis « Société d'importation de faux, faucilles et matériel agricole », du 22 juin 1962.

(15) Rapport pour 1960 à 1962, p. 12.

la qualification d'entente avait été retenue à l'égard de cette société dans la seule mesure où elle participait à une entente plus générale (16).

137. — Plus de dix ans plus tard, l'objection selon laquelle une personne morale unique ne pourrait constituer une entente est définitivement écartée par le rapport pour 1975 qui affirme expressément que

« le fait que les pratiques anticoncurrentielles aient pour auteur un groupement unique n'empêche pas qu'il puisse y avoir « entente » entre les membres de ce groupement » (17).

Cette solution est parfaitement logique dans la mesure où la personne morale est constituée d'un groupe de personnes (18). Il n'y a donc pas de contradiction entre la qualification d'entente et l'existence d'un groupement unique doté d'une personnalité juridique propre. L'unicité du groupement ne doit pas masquer la réalité et faire obstacle à la qualification. Par suite, si une personne morale unique n'est pas, en soi, une entente, rien n'empêche qu'elle puisse être qualifiée ainsi lorsque ses membres l'ont créée ou utilisée aux fins de coordonner leur action sur le marché et de substituer à l'indépendance des décisions une discipline collective des comportements.

## § 2. — Création ou utilisation d'un groupement non doté de la personnalité juridique

138. — Certaines techniques sociétaires permettent aux entreprises qui le désirent de se regrouper sans se fondre dans un organisme doté d'une personnalité juridique distincte. Tel est le cas de la société en participation ; cette formule permet à chaque associé de poursuivre ses activités commerciales en son nom, tout en agissant dans l'intérêt commun, en étant redevable des bénéfices envers les co-associés ; elle a, en outre, l'avantage de rester occulte. La question est de savoir si la qualification d'entente peut être appliquée dans ce cas.

---

(16) Cf. l'avis « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 et « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(17) Rapport pour 1975, p. 997.

(18) Le recours à une personne morale unique peut contribuer à donner un aspect « horizontal » à l'entente existant entre des entreprises situées à des niveaux différents du processus économique : cf. les avis « Fil mousse de nylon », du 26 juin 1962 (entente ayant pour « support » un syndicat professionnel dont les membres, titulaires ou concessionnaires des mêmes droits de propriété industrielle, étaient unis par un réseau de conventions) et « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio » des 21 juin et 8 nov. 1974 (entente entre deux sociétés, dont l'une était titulaire de procédés de préfabrication, et les concessionnaires exclusifs de ces procédés, tous réunis au sein d'un groupement d'intérêt économique).

139. — Le problème s'est posé à la Commission pour la première fois à propos de l'affaire « Faux et faucilles » en 1961 (19). L'entente avait pour support une société en participation dans laquelle il était notamment stipulé que toute vente réalisée par un associé, au lieu d'être reprise dans les comptes de la société pour son montant réel, serait réputée faite aux prix et conditions fixées par la société. Ceci équivalait à mettre les rabais éventuels à la charge de celui qui les consentirait, donc pratiquement à les prohiber (20). Les participants invoquaient l'inapplicabilité de l'article 59 bis à la société en participation, groupement autorisé par la loi, valablement constituée, en l'espèce, dans le but de « rationaliser les productions et la distribution ».

La Commission répond très nettement que

« si la (société) en participation peut constituer un support juridique adéquat pour la réalisation d'objectifs économiques pleinement licites, le fait d'avoir recours à ce mode d'association ne saurait permettre aux intéressés d'échapper à la loi si les pratiques auxquelles ils recourent sont de celles qu'elle prohibe » (21).

140. — Le fait qu'il n'y ait pas eu création d'une personne morale particulière n'a, dès lors, aucune incidence sur la qualification d'entente. La forme juridique de la société en participation, qui semble convenir plus particulièrement aux cartels de répartition de bénéfices (22), n'est donc ni un obstacle à la qualification d'entente, ni une justification des pratiques suivies par les associés. La Commission qualifie le groupement au regard de son objet ou de ses agissements.

141. — Il est enfin parfaitement indifférent pour la qualification d'entente que le groupement entre les entreprises soit demeuré un groupement de fait, faute d'inscription au registre du commerce (23). L'entente existe du seul fait qu'une action collective a été

(19) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961 (cf. également l'avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957).

(20) Rapport pour 1960 à 1962, p. 12.

(21) La même affaire a d'ailleurs donné lieu à une décision judiciaire à la suite d'un litige où l'un des participants demandait la nullité de la société : la cour d'appel de Lyon a admis qu'une participation ne peut « sous le couvert de ses statuts se livrer à une activité prohibée et qu'elle devrait être déclarée nulle s'il s'avérait que son véritable objet est, en fait, illicite ». Par conséquent, une telle société est « susceptible de constituer... une entente prohibée » et cela d'autant plus qu'il y a dans ce type de sociétés « association et non fusion des entreprises » (Lyon, 13 juin 1960, D. 1961. I. 148, note F. GORE; J.C.P. 1961. II. 12103, note M. BOITARD).

(22) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 109 ; avis « Fabricants de fûts métalliques », du 24 sept. 1965.

(23) Avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976 : la quasi-totalité des négociants et de nombreux producteurs de vins doux naturels avaient constitué en 1971 un groupement d'intérêt économique sans procéder aux formalités d'inscription au registre du commerce ; J. GUYENOT approuve cette jurisprudence tout en contestant la qualification de « groupement de fait » : il estime, en effet, qu'il s'agirait plutôt d'un contrat de société en participation (Revue des sociétés 1977, p. 538).



entreprise sur le marché aux fins de substituer d'autres types de relations à celles qui résulteraient normalement du jeu de la concurrence.

142. — Au terme de ces observations, on constate que la création ou l'utilisation d'un groupement doté de la personnalité juridique n'est que l'un des modes d'expression de l'accord d'entente. Il ne peut donc s'agir d'un élément de qualification. Une « entente » peut parfaitement se constituer entre plusieurs personnes morales étroitement unies soit par des liens de participation, soit parce qu'elles se composent des mêmes membres, ou entre les membres d'une personne morale unique. Inversement, si les techniques de groupement des entreprises n'aboutissent pas à la création d'une personne morale, cela n'empêche pas que le groupement puisse être considéré comme une « entente » au sens de l'article 59 bis. L'élément essentiel de la qualification réside alors dans la concertation des entreprises en vue d'adopter une politique commune sur le marché.

### § 3. — Création ou utilisation d'une « structure de groupe »

143. — L'un des problèmes les plus délicats auxquels se heurte la qualification d'entente est celui des groupes de sociétés. La concentration des pouvoirs économiques réalisés par l'extension d'une entreprise, la fusion ou les prises de participation, confère à ces groupes une puissance redoutable sur le marché et peut avoir des effets négatifs sur la concurrence. On peut, cependant, se demander si la qualification d'entente n'est pas à exclure, *a priori*, en présence d'un groupe dans la mesure où l'entente, caractérisée par la mise en œuvre d'une discipline collective de comportement, suppose une indépendance de décision des entreprises adhérentes (24). Or, dans un groupe de sociétés, l'étroitesse des liens de dépendance économique et l'unité de direction paraissent établir un rapport de domination et non organiser une collaboration. Il convient, toutefois, de rechercher si une entente ne peut pas se constituer au sein d'un groupe préexistant, si la création d'une structure de groupe, telle qu'une filiale commune, ne peut pas servir de support à une entente, et, enfin, s'il peut y avoir entente entre plusieurs groupes.

144. — La question de savoir si une entente peut *utiliser* une structure de groupe pour se constituer a été abordée, assez indirectement, lors de l'affaire « Industrie du magnésium » (25). En l'espèce, les producteurs de magnésium, Ugine et Péchiney, avaient créé par parts égales la Société Générale du Magnésium (S.G.M.)

---

(24) *Supra*, n° 127.

(25) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.



qui assurait exclusivement la distribution du métal. L'avis précise que la S.G.M. jouait à la fois le rôle de comptoir de vente commun et de centre d'études et de recherche. Titulaire de brevets, elle avait, par ailleurs, conclu des contrats de licence avec les utilisateurs. Une fonderie utilisatrice de magnésium, le Magnésium industriel, filiale d'Ugine, de Péchiney et de la S.G.M., « bénéficiait sans contrat de tout avantage concédé à un licencié ». Appelée à qualifier la situation au regard des règles de concurrence, la Commission a estimé qu'il existait une entente entre les sociétés du groupe, en retenant comme élément déterminant de cette qualification le rôle joué par la S.G.M. dans la distribution du métal : cette société constituait l'instrument par lequel la concurrence était abolie entre les deux groupes. On observera que l'entente n'est pas déduite des seuls liens de participation entre les sociétés du groupe (26), mais que la qualification d'entente suppose, au contraire, une analyse rigoureuse du comportement et des objectifs des entreprises en cause : ainsi l'avis souligne-t-il que les clauses des contrats de licence conclus entre la S.G.M., distributeur exclusif, et les fonderies utilisatrices du métal contribuaient à protéger les sociétés du groupe contre la concurrence des tiers au stade de la production, de la distribution et de l'utilisation. La Commission ne s'est pas prononcée, par ailleurs, sur la présence d'une filiale commune de fonderie.

145. — On peut déduire de cet exemple que l'existence de liens de participation entre les sociétés d'un groupe ne constitue pas un élément suffisant à la qualification d'une entente. La jurisprudence de la Commission ne permet pas, toutefois, de trancher la question de savoir comment serait jugée la *création* d'une structure de groupe, par exemple une filiale commune. Cette dernière peut parfaitement servir de support à une entente mais peut répondre à des objectifs licites. Il semble que la solution dépende de la situation de cette filiale dans le processus de commercialisation. Si elle se trouve en amont, en effet, le danger d'une entrave à la concurrence paraît réduit car les entreprises peuvent toujours se concurrencer en aval. Si elle se trouve en aval, au contraire, elle s'interpose à un stade proche des clients ; or, c'est à l'égard de ceux-ci que la concurrence doit jouer. L'incidence de la création de la filiale commune sur la clientèle apparaît alors comme un élément déterminant de la qualification d'entente entre les sociétés mères, la filiale jouant un rôle plus ou moins anticoncurrentiel selon qu'elle est plus ou moins proche du stade de la commercialisation (26 bis).

146. — On peut, enfin, s'interroger sur la possibilité de constituer une entente entre groupes. Lors de l'affaire de l'« Acide sulfurique » (27), la qualification d'entente a été retenue à l'encontre

(26) Cf. les observations de J.-B. BLAISE, op. cit., n° 137, p. 138.

(26 bis) Les instances communautaires considèrent cependant qu'une telle création est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et ressortit de l'art. 85 C.E.E., v. 8<sup>me</sup> Rapport sur la politique de concurrence, n° 133.

(27) Avis « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

des accords de contingentement de la production conclus entre la majorité des producteurs d'acide, alors que le marché était dominé par deux groupes fournissant à eux seuls les deux tiers de la production française et s'étant assuré la maîtrise du marché des ventes en pratiquant entre eux une coopération croissante (28) ; dans ce cas, cependant, la situation était également envisagée au regard des dispositions relatives à l'abus de position dominante. On doit souligner que la Commission exclut la qualification d'entente lorsque la concentration atteint un seuil tel qu'une seule entreprise reste maîtresse du marché (29) ; en revanche, bien que le marché soit fortement concentré, la situation peut encore être appréciée au regard des dispositions relatives aux ententes dès lors qu'un accord intervient entre deux groupes, même si l'un d'eux occupe sur le marché une position dominante qui constitue la cause déterminante de cet accord. C'est ce qu'il ressort de l'avis relatif à l'affaire des lampes, dans lequel la Commission envisage expressément « l'entente » réalisée entre le groupe Philips-Compagnie des lampes, au sein duquel le groupe Philips occupait une position dominante, et la société Claude-Paz-Visseaux, résultant elle-même d'une opération de concentration contemporaine du premier avis de la Commission (30).

## SECTION 2

### APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE A CERTAINS TYPES PARTICULIERS DE GROUPEMENTS

147. — La loi autorise expressément les personnes à se regrouper, notamment pour organiser en commun leurs activités économiques. Les techniques juridiques susceptibles d'être utilisées sont diverses et l'intérêt du choix est fonction des objectifs recherchés. L'examen des avis montre que l'accord d'entente s'exprime fréquemment au travers de l'une ou l'autre des formes reconnues par le

---

(28) Il est intéressant de relever dans cette entente, treize ans après l'affaire du magnésium, la présence des deux groupes Péchiney-Saint-Gobain et Ugine-Kuhlman qui occupaient en l'espèce une position dominante au sein de l'entente.

(29) Deuxième avis « Jantes et guidons », du 22 oct. 1965 ; sur cette affaire, supra n° 43.

(30) Premier avis « Industrie des lampes », du 26 mai 1956 : lors de ce premier examen l'entente résultait d'un accord signé en 1951 entre un certain nombre de sociétés représentant environ 90 % de la production nationale regroupées dans un organisme doté de la personnalité juridique, le « Comité d'études technico-commerciales des lampes électriques » ; cf. également le deuxième avis « Industrie des lampes », du 22 avr. 1966.

droit. On est alors conduit à s'interroger sur les éléments d'appréciation qui permettent de qualifier d'entente une personne morale valablement constituée. Nous tenterons de répondre à cette question en envisageant les problèmes de qualification soulevés par le recours à la technique de la société (§ 1), du groupement d'intérêt économique (§ 2), du syndicat (§ 3) et de l'association (§ 4).

## § 1. — Qualification d'entente appliquée à une société

148. — On peut constater, à travers les affaires examinées par la Commission, que la forme juridique de la société est assez souvent utilisée comme support juridique de l'entente. Bien que les avis ne soient pas toujours précis, certains indiquent qu'il s'agit tantôt de sociétés anonymes (31), parfois à capital variable, ce qui offre l'avantage de permettre un retrait facile des membres (32), tantôt de sociétés à responsabilité limitée (33). Dans la mesure où la société constitue une technique pleinement licite de regroupement des personnes en vue d'exercer une activité commerciale, ou civile (34), la qualification d'entente soulève des difficultés qu'il convient d'envisager avant d'examiner les positions adoptées par la Commission.

### A. — PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR LA QUALIFICATION D'ENTENTE DES SOCIÉTÉS

149. — La question se pose de savoir comment la société, personne morale licite indispensable à la vie économique, peut être qualifiée d'entente susceptible de tomber sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis.

Il est évident que la création d'une société, notamment en cas de fusion totale de plusieurs entreprises préexistantes, réalise une

---

(31) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964 ; « Carreaux de grès », premier avis du 23 janv. 1965 ; « Carreaux de faïence », premier avis du 20 mars 1965.

(32) Avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Fabricants d'emballages en bois léger de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966 : la forme de la société anonyme à capital variable a été utilisée comme support par deux ententes bâties sur le même modèle et qui ont fonctionné, chacune dans sa région, comme des organismes coopératifs.

(33) Avis « Jantes et guidons », des 19 avr. 1958 et 22 oct. 1965 (il est intéressant de relever que lors du deuxième examen de l'affaire par la Commission, le support juridique est resté le même alors que la structure de la profession a totalement changé du fait de l'émergence d'une position dominante). Avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Aciers étirés », des 16 déc. 1961 et 20 févr. 1970 ; « Société d'importation de faux, faucilles et matériel agricole », du 22 juin 1962 ; « Tissus imperméables marque Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 : outre l'entente nationale résultant d'un accord conclu entre deux syndicats professionnels, il existait dans cette branche une entente régionale, dont le support était une S.A.R.L., entre des fabricants de matériaux en terre cuite du Nord et du Pas-de-Calais.

(34) Nous nous préoccupons ici du cas des sociétés commerciales qui constituent l'essentiel des affaires examinées par la Commission.



concentration des forces économiques susceptibles d'avoir une influence sur la concurrence. Dira-t-on pour autant que le contrat à l'origine de cette concentration est une convention d'entente, au sens de l'article 59 bis (35) ? La réponse à cette première question présente un grand intérêt pratique car, comme le fait remarquer M. le professeur Blaise (36), tout entrepreneur est naturellement en concurrence avec ceux qui exercent une activité dans la même branche de l'économie ; la seule idée de société est, par suite, antinomique de celle de concurrence et l'on devrait donc admettre que toute société sera soumise, en tant que telle, à la réglementation de la concurrence, que toute société est, en soi, une « entente ». Dans la mesure, toutefois, où la société est une technique de groupement autorisée par la loi elle apparaîtrait alors comme le mode normal, prévu par le législateur, de mettre fin à la concurrence !

Des problèmes différents mais tout aussi délicats surgissent si l'on se place au cours de l'existence de la société. Personne morale distincte des membres qui la composent, la société agit en tant que telle sur le marché mais nous avons constaté que, dans certains cas, la Commission qualifie une société d'entente en prenant en considération le type de relations qui s'est instauré entre les divers membres du groupement et en démasquant l'action collective derrière les apparences d'une action individuelle de la personne morale.

La difficulté de dégager les éléments de qualification d'entente de la société conduit à rechercher si le phénomène de l'entente est réductible à la forme juridique de la société, et si cette technique est pleinement adaptée à l'entente et lui permet d'atteindre les buts qu'elle vise.

150. — La formule de la société paraît convenir aux ententes dont l'objet ne se limite pas à une réglementation des activités économiques des membres et qui désirent disposer, en outre, d'un organe apte à effectuer des opérations commerciales et à procéder à un partage des bénéfices (37). Or, comme l'a démontré M. le professeur Blaise (38), la forme juridique de la société n'est pas réellement adaptée à l'entente, tant en ce qui concerne ses buts que son objet. Le but de l'entente, d'une part, ne coïncide pas parfaitement avec celui de la société car dans l'entente les associés n'ont pas en

---

(35) Cf. R. PLAISANT et J. LASSIER, Les ententes industrielles sous forme de sociétés et d'associations, 1955 ; sur les problèmes posés par la création ou l'utilisation d'une structure de groupe, v. supra n° 143 et s.

(36) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 130.

(37) Tels sont, du moins, les objectifs théoriques car, bien que la recherche et le partage des bénéfices soient des éléments essentiels du contrat de société, il était prévu dans les statuts de la société du Superphosphate qu'elle s'interdisait d'en réaliser ! (Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960). On constate par là que le souci majeur des entreprises membres d'une entente n'est pas le respect des règles juridiques mais le désir de disposer d'un organe correspondant à leurs objectifs.

(38) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 115.



vue la recherche des bénéfices mais la limitation de la concurrence. Plus précisément, l'entente cherche soit à éviter une diminution des bénéfices, soit leur augmentation par le biais d'une limitation de la concurrence. Dès lors, la discipline intérieure à l'entente aura la primauté sur les activités de la société-support en tant que commerçant. Cette absence de coïncidence se retrouve au niveau de l'objet, d'autre part : alors que celui de toute société est constitué par les apports et l'exploitation réalisée sur la base de ces apports, celui de l'entente est de parvenir à une discipline collective des comportements.

151. — Il n'y a donc pas identité parfaite entre la société et l'entente car la société, à elle seule, ne permettrait pas à l'entente d'atteindre ses objectifs. Pour y parvenir, elle doit, en outre, imposer à ses membres des obligations particulières, le plus souvent non inscrites dans les statuts, résultant de conventions conclues entre la société et chaque associé. Pour M. le professeur Blaise, la société offre donc un aspect mixte en se présentant à la fois comme personne morale chargée d'une exploitation commerciale et comme organe central de l'entente.

#### B. — APPLICATION PAR LA COMMISSION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE A DES SOCIÉTÉS

152. — L'étude des avis vient confirmer l'analyse doctrinale. Le rapport pour les années 1960 à 1962 indique que la forme sociétaire est, le plus souvent, utilisée par des ententes qui

« tout en ayant une base contractuelle s'appuient, en outre, sur une personne morale spécialement créée en vue de les mettre en œuvre » (39).

L'organe ainsi créé s'interpose entre les membres de l'entente et les fournisseurs, chaque membre devant conclure avec lui un contrat particulier de mandat, de commission, d'exclusivité de vente ou d'achat selon ses attributions. On observera, cependant, que la constitution d'une société n'est pas indispensable et qu'une société déjà existante, membre de l'entente, peut jouer le même rôle. L'affaire des aciers étirés (40) en offre une illustration : lors du premier examen par la Commission, une société était chargée de déterminer les quotas de production, calculer les pénalités et indemnités et gérer les compensations financières qui en résultaient. La dissolution de l'entente ayant été ordonnée, la Commission a constaté, lors du deuxième examen, que cette société ne conservait qu'un rôle statistique, en apparence tout au moins, car l'entente avait continué à fonctionner de façon occulte. Le second avis relève, par ailleurs, que l'action de l'entente avait été renforcée par la création d'un organe

---

(39) Rapport pour 1960 à 1962, p. 12.

(40) Cf. les deux avis « Aciers étirés », des 16 déc. 1961 et 20 févr. 1970.

non doté de la personnalité juridique, le « comité des directeurs » : l'adhésion à ce comité était subordonnée à un engagement de non concurrence.

153. — La société, effet et moyen de l'entente, n'a pas toujours les mêmes fonctions. Certaines ne sont que de simples organes centraux de gestion intervenant de diverses façons : l'organe central peut ainsi être chargé de gérer les accords de répartition quantitative de la production entre les membres et d'appliquer les sanctions pécuniaires prévues (41) : d'autres fois, la société, constituée sous la forme d'une S.A.R.L., a pour mission de fixer les prix de vente, de répartir les commandes entre les associés et, éventuellement, de faire fonctionner une caisse de péréquation (42) ; outre ces diverses attributions, la société-support de l'entente peut avoir à établir une classification de la clientèle et à recouvrer les factures pour le compte des adhérents (43).

On constate effectivement, à travers les avis, que le phénomène de l'entente n'est pas épuisé par la création de ce comptoir d'achat ou de vente, mais résulte à la fois de cette création et des obligations souscrites par les membres envers le comptoir, en vertu de ce que l'on a appelé le procédé du « contrat double » (44). L'entente résulte ainsi, d'une part, du contrat en vertu duquel la société a été ou sera créée (45) entre les membres associés et, d'autre part, des contrats annexes conclus entre chaque membre et le comptoir : l'avis « Jantes et guidons » déclare ainsi expressément que

« l'entente entre certains fabricants de jantes et de guidons résulte de conventions expresses entre lesdits fabricants et l'U.F.A.C., société à responsabilité limitée dont ils sont les actionnaires » (46).

154. — Parmi les contrats conclus entre l'organe central et les membres on rencontre fréquemment le mandat : mandat de centraliser les commandes, établir les factures et en assurer le recouvrement (47) et mandat de vente exclusif (48) (49).

(41) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964.

(42) Avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960.

(43) Avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », des 23 janv. et 20 mars 1965.

(44) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, loc. cit.

(45) Avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 : selon l'avis, un contrat conclu entre neuf entreprises productrices d'agréats prévoyait la constitution d'un organe commun de vente. En exécution de ce contrat une société anonyme à capital variable a été constituée entre huit des neuf signataires de l'accord.

(46) Avis « Jantes et guidons », des 19 avr. 1958 et 22 oct. 1965.

(47) Ibidem.

(48) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 : le comptoir régional de la terre cuite du Nord et du Pas-de-Calais, constitué sous la forme d'une S.A.R.L., avait pour objet social selon ses statuts la « vente à la commission de tous les produits fabriqués par les associés » en vertu d'un mandat exclusif de vente ; l'avis précise que les associés participaient au capital de la société, chacun en proportion de sa capacité de production.

Les relations entre les membres de l'entente et la société-support juridique peuvent aussi résulter d'un contrat de fourniture comportant des clauses diverses relatives à la revente (50). Le cas est illustré par l'affaire « Producteurs d'agréats de la région de Metz » où la société-support de l'entente avait conclu les contrats de fourniture avec chaque associé et des sociétés non associées ; aux termes de ces contrats, la société se chargeait à titre exclusif de la commercialisation de la totalité de la production des sociétés contractantes (51) à un certain prix et selon les quotas fixant la part respective de chacune des sociétés dans les ventes totales.

Il peut également s'agir d'un « contrat de représentation exclusive », lorsque la société-support de l'entente n'est pas un vendeur. On constate, dans l'affaire « Procirep » (52), que le contrat de re-

---

(49) Certains avis ne donnent pas de précisions : ainsi dans l'avis « Importation de faux, faucilles et matériel agricole » est-il seulement indiqué que la société-support de l'entente se chargeait du groupement des commandes, du dédouanement et de la commercialisation des produits (avis du 22 juin 1962). Cf. également l'avis « Fabricants d'emballages en bois léger de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966.

(50) Cf. A. SEUBE, *Le contrat de fourniture*, thèse Montpellier 1970 ; Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit. p. 213.

(51) Avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1960 : l'avis révèle qu'en fait les contrats de fourniture n'ont pas été appliqués ; la commercialisation a continué d'être assurée en quasi-totalité par les sociétés contractantes sous réserve de ne livrer que les clients agréés ; le rôle de la société s'est donc borné à assurer la facturation et le recouvrement ; cette nouvelle organisation des entreprises a permis la vente à un prix uniforme et la suppression d'une partie des remises consenties auparavant à certains clients ; elle s'est effectivement traduite par une hausse des prix.

(52) Avis « Procirep/O.R.T.F. », des 21 mars et 25 avr. 1975 : il est précisé dans l'avis que les membres de cette société devaient avoir la qualité d'auteurs, co-auteurs ou concessionnaires de droits d'auteurs de films cinématographiques ; ils faisaient apport à la société Procirep de l'exercice des droits qu'ils détenaient sur les œuvres (de nationalité française) dont ils étaient propriétaires, en vue de leur exploitation par le moyen de la télévision ou tout autre moyen audio-visuel à l'exception du cinéma et des vidéo-cassettes. Les statuts de la société Procirep précisaient ses objectifs qui étaient (article 5) :

« a) la fixation par traité général avec toute entreprise de télévision ou de diffusion audio-visuelle des conditions pécuniaires, sanctions et garanties minimales pour l'exploitation des œuvres dont les droits appartiennent aux membres de la société et qui sont son répertoire aux termes de l'article 43 de la loi du 11 mars 1957 ;

b) la perception directe ou par tout mandataire de son choix desdits droits d'exploitation ;

c) la perception directe ou par tout mandataire de son choix auprès de tous organismes de télévision ou de diffusion audio-visuelle des sommes, droits ou redevances dus par eux au titre des droits d'auteur dont les associés sont titulaires, personnellement ou en vertu de cessions à eux régulièrement consenties ».

La société Procirep était donc mandataire de ses membres dans leurs rapports avec l'O.R.T.F., en particulier ; mais faute d'avoir obtenu de l'O.R.T.F. la conclusion de l'accord général de représentation prévu à l'article 5 des statuts, elle a institué, par lettre adressée à ses adhérents, un « régime transitoire », en vertu duquel ceux-ci devaient soumettre à l'autorisation préalable de la commission exécutive de la société tous les projets d'accords qu'ils envisageaient de passer avec l'O.R.T.F. pour la cession des droits de représentation des films, toute contravention à ces règles étant pénalisée par des amendes d'un montant élevé.



présentation réalisait une délégation des pouvoirs dans la mesure où les mandants s'interdisaient d'agir directement. Il plaçait le groupement dans une situation de monopole, à l'égard de l'acheteur, sur l'ensemble de la production des mandants. La société Procirep constituait une sorte de comptoir unique de vente approprié à la prestation de services à commercialiser et correspondant aux droits d'auteur. Le contrat conclu entre chaque associé et la société peut d'ailleurs comporter toutes les clauses particulières jugées utiles au bon fonctionnement de l'entente et à son efficacité (53).

155. — Le phénomène de l'entente n'est, donc, pas absolument réductible à la forme juridique de la société. M. le professeur Blaise faisait justement observer que, dans la plupart des cas, l'entente se réalise en marge de la société (54) dont les statuts comprennent presque toujours des clauses étrangères à l'entente et justifiant, à elles seules, la création d'un organe central.

La Commission qualifie généralement la société d'« entente » lorsque son objet ou ses agissements font apparaître que cette forme juridique a été adoptée par les industriels en cause pour servir leurs objectifs anticoncurrentiels. Si la création d'une société n'est pas considérée, en soi, comme constitutive d'entente, la Commission dénonce l'entente antérieure à la création d'une société qui sert surtout à la dissimuler. Inversement, la Commission a relevé le cas, plus rare d'une entente venant se greffer *a posteriori* sur une société préexistante : une concertation peut intervenir entre les associés au cours de l'existence de la société qui leur servira d'instrument d'exécution. La société, dans ce cas, se « dégrade » en entente. Telle a été la position adoptée à propos de l'affaire « Huiles usagées » (55).

156. — Il convient, cependant, d'insister sur le fait que, dans tous les cas envisagés, les sociétés ont été considérées comme « supports » juridiques d'ententes illicites. La qualification d'« entente » était liée, voire subordonnée, à la constatation d'une entrave à la concurrence. L'incrimination au regard de l'article 59 bis démontrait, *a posteriori*, que la société en cause abritait, en réalité, une entente. Or, depuis 1974, la notion d'entente est dissociée de celle

---

(53) Avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958 : la société support de l'entente avait, en vertu des contrats conclus avec chaque associé, un droit de préemption sur toute cession de matériel, de fonds de commerce, de parts ou d'actions majoritaires ; en outre, tout acheteur éventuel devait s'obliger à adhérer à l'entente ; enfin, chaque adhérent s'interdisait de s'intéresser directement ou indirectement à une firme concurrente.

(54) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 115 *in fine*.

(55) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973 : il s'agissait, en l'espèce, d'apprécier la licéité d'une société, exempte à l'origine de toute intention anti-concurrentielle ; longtemps après sa création, la S.A.R.L. procédant au ramassage des huiles usagées était devenue l'instrument d'une concertation entre les deux groupes se partageant son capital, se dégradant ainsi en « entente ».



d'entrave à la concurrence puisque la Commission admet qu'il existe des ententes licites qui, contribuant à accroître la concurrence, ne tombent pas sous le coup de l'article 59 bis (56). Ce sont pourtant des « ententes » au sens où l'entend ce texte. Cette position risque d'aggraver les difficultés de qualification et conduit à s'interroger sur les éléments d'appréciation qui permettront de faire le départ entre une société licite et une « entente » également licite. Compte tenu des observations que nous avons faites à propos des conditions relatives à l'organisation de l'entente, il semble que l'élément essentiel de la qualification réside dans l'objet de l'accord quel que soit son mode d'expression : il doit instituer une discipline collective de comportement des associés susceptible de modifier le jeu concurrentiel soit dans un sens restrictif, soit dans un sens d'accroissement de la compétition. Il reste que la distinction paraît particulièrement difficile à opérer.

## § 2. — Qualification d'entente appliquée à un groupement d'intérêt économique

157. — Le groupement d'intérêt économique (G.I.E.), apparu en 1967 (57), présente de nombreux avantages (58), notamment pour les entreprises petites et moyennes auxquelles la loi permet de se grouper en vue de mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique des membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité ».

Le G.I.E. peut donc avoir des objets variés comme la création d'un comptoir de vente, de bureaux d'exportation ou d'importation, la constitution d'un organisme de recherche (59). Peut-il également constituer un cadre juridique nouveau pour les ententes ? Cette nouvelle formule posait un problème particulier dans la mesure où l'ordonnance de 1967, en donnant aux entreprises la possibilité de coopérer à toutes fins possibles au sein de ces organismes, paraissait justifier par avance les ententes constituées à l'abri de ces structures. Dès la mise en place de l'institution, le rapport de la Commission avait envisagé l'éventualité de telles ententes et estimé que le recours

---

(56) Rapport pour 1974, p. 1207 ; *infra*, n° 160, 206.

(57) J. CALAIS-AULOY, L'ordonnance n° 67-821 du 23 sept. 1967 sur les groupements d'intérêt économique in Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Journées Henri Cabrillac, Libr. Techniques 1968.

(58) J.-J. BURST, Groupement d'intérêt économique ou société : le problème du choix, J.C.P. 1969. I. 2257 ; J. GUYENOT, Les contrats de groupement d'intérêt économique, L.G.D.J. 1970 ; C. LAVABRE, Le groupement d'intérêt économique, thèse, Montpellier 1971 ; J.-M. MOUSSERON, Droit de la distribution, *op. cit.*, n° 33 et s.

(59) Exposé des motifs de l'ordonnance du 23 sept. 1967, J.O. du 28 sept. 1967, p. 9537.

à une forme juridique nouvelle ne devait pas permettre d'échapper à l'application de la prohibition édictée par l'article 59 bis (60).

158. — La forme juridique du groupement d'intérêt économique a effectivement été utilisée par un certain nombre d'ententes soumises à l'examen de la Commission (61). Le problème de l'application de la qualification d'entente à un G.I.E. s'est posé pour la première fois à l'occasion de l'affaire « Groupement lainier mazamétain » en 1970 (62). En contradiction avec un tribunal (63), la Commission a estimé que

« si les auteurs de l'ordonnance du 23 septembre 1967 relative aux groupements d'intérêt économique ont entendu favoriser le regroupement d'entreprises pour que puissent être améliorées, notamment par la concertation de ces entreprises et une association de leurs activités ou intérêts, la rentabilité et la compétitivité de chacun, les dispositions de ladite ordonnance ne font pas obstacle, dans le cas où les entreprises associées dans un groupement d'intérêt économique se livrent à des pratiques anticoncurrentielles, à ce que celles-ci soient appréciées au regard des dispositions de l'ordonnance du 30 juin 1945 ».

Cette affirmation n'implique pas un jugement *a priori* défavorable à l'égard de la formule du G.I.E. La Commission rappelle simple-

(60) Rapport pour 1967, p. 321.

(61) Ces ententes sont assez peu nombreuses, probablement à cause du caractère récent de l'institution, cf. les avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970 ; « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972 : le G.I.E. constitué entre les entreprises plâtrières de la région méditerranéenne n'a représenté qu'une étape sur la voie de la concentration, les firmes ayant fusionné ensuite ; « Groupement de commerçants de Saverne », du 10 janv. 1973 ; « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973 : ces deux ententes avaient initialement pour support juridique une société (v. les avis des 20 mars 1965 et 23 janv. 1965) ; « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(62) Avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970 : en l'espèce un certain nombre d'entreprises mazamétaines spécialisées dans le délainage de peaux avaient constitué, au début du mois de février 1969, un G.I.E. en vue de mettre en commun certaines activités dont la conclusion de contrats de transports des matières premières utilisées par ses membres ; aux termes de la première résolution du 21 février 1969, il fut décidé que les membres du G.I.E. devraient s'adresser exclusivement pour les importations à cinq transitaires, qui s'engageaient eux-même à utiliser leur propre matériel ou ceux de la S.N.C.F. et, corrélativement, à ne pas utiliser les camions appartenant à d'autres transitaires mazamétains ; la conséquence de l'application de cette résolution fut que dès le mois de mars, les importations des membres du G.I.E. transitant par des sociétés non mentionnées furent pratiquement nulles ; le fait que cette résolution soit la première semble indiquer que tel était le résultat recherché par le G.I.E. et peut-être le motif de sa création.

(63) La Commission adopte dans cet avis une position qui contredit celle du tribunal de Castres devant lequel l'affaire avait été portée par l'un des transporteurs qui s'estimait boycotté ; le tribunal, par un jugement du 13 mars 1970, décida que le fait pour un G.I.E. de recourir aux services des transporteurs pratiquant les prix les moins élevés ne tombait pas sous le coup de l'article 59 bis (T.G.I. Castres 13 mars 1970, D. 1970. 358, note Ch. LAVABRE) ; la Commission retient, au contraire, l'objectif des membres du G.I.E., c'est-à-dire leurs efforts pour éliminer une entreprise du marché (*infra*, n° 224 et s.).

ment qu'aucun groupement ne peut se prévaloir de la licéité de sa structure juridique pour mener une action illicite au regard du droit de la concurrence.

159. — En 1973, l'affaire du « G.I.E. des commerçants de Saverne » (64) a permis à la Commission de préciser sa position. Jusqu'alors, elle avait seulement envisagé l'application de la qualification en raison des activités anticoncurrentielles du G.I.E. mais l'on pouvait se demander si, en dehors de la mise en œuvre de pratiques, les statuts eux-mêmes pouvaient être pris en considération. Le tribunal de grande instance de Saverne l'avait admis (65), à propos de la même affaire, en qualifiant le groupement d'entente illicite en raison de son caractère fermé (66). Or, ce caractère fermé paraît être la conséquence du régime sévère de responsabilité qui pèse sur chacun des membres du G.I.E. La Commission, en examinant d'office l'acte constitutif du G.I.E. au regard de l'article 59 bis, a ainsi admis qu'un tel groupement peut être qualifié d'entente illicite du seul fait que ses statuts ont un objet anticoncurrentiel. Elle a, toutefois, précisé en 1973 que le caractère fermé d'un G.I.E. ne constituait pas, en soi, une infraction alors que, par ailleurs, ni son objet ni ses agissements ne restreignaient la concurrence entre ses membres (67).

160. — On notera que, de même que pour les sociétés, la qualification d'« entente » est longtemps restée subordonnée à celle de l'entrave à la concurrence, la constatation d'une « entente illicite » faisant apparaître, *a posteriori*, le caractère d'entente du groupement considéré. L'affaire « Fiorio » en 1974 (68) marque une rupture avec la jurisprudence antérieure en dissociant les notions d'entente et d'entrave à la concurrence. Deux entrepreneurs avaient, en l'espèce, découvert des procédés de préfabrication dont ils firent apport à une société civile. Celle-ci conclut, avec douze entreprises réparties sur l'ensemble du territoire français, des contrats comportant concession exclusive du droit d'exploiter ces procédés. En 1969, la société anonyme « Entreprise Fiorio » et la société civile « Techniques de préfabrication des procédés Fiorio » constituèrent avec les concessionnaires un groupement d'intérêt économique dénommé « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio » (G.E.L.F.). La Commission devait se prononcer sur les diverses activités du groupement. Prenant en considération l'ensemble des relations unissant les deux so-

---

(64) Avis « G.I.E. de commerçants de Saverne », du 10 janv. 1973.

(65) T.G.I. de Saverne, 21 juil. 1971, D. 1972. I. 218, note Ch. LAVABRE.

(66) Aux termes de l'acte constitutif et du règlement intérieur, toute nouvelle admission était subordonnée à une décision de l'assemblée générale extraordinaire et à l'accord de chacun des membres exerçant une activité dans la même branche.

(67) Rapport pour 1973, p. 2604.

(68) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.



ciétés à leurs concessionnaires exclusifs, telles qu'elles résultaient à la fois des clauses des contrats de concession, des statuts et du règlement intérieur du G.E.L.F., ainsi que des pratiques pouvant naître de ces relations, elle a admis l'existence d'une entente en affirmant que

« la forme juridique adoptée par les entreprises pour se concerter est sans influence sur l'application des dispositions législatives ou réglementaires qui régissent la concurrence ».

Cette réaffirmation d'un principe désormais classique ne saurait surprendre. Il est plus étonnant de constater, en revanche, que, tout en maintenant la qualification d'entente, la Commission déclare cette entente licite (69) dans la mesure où les pratiques suivies par le G.E.L.F. dans les marchés publics ont contribué non pas à restreindre la concurrence mais à l'accroître. Le G.E.L.F. constitue donc bien une « entente » (70), sans toutefois que la prohibition édictée par ce texte ait lieu de s'appliquer, puisqu'il n'y avait pas, en ce domaine précis, d'entrave à la concurrence.

161.— On est, alors, conduit à s'interroger sur les éléments d'appréciation permettant de distinguer un G.I.E. licite « ordinaire » d'un G.I.E. constituant une « entente » licite. Une fois encore, on constate que la forme adoptée n'est pas un élément de qualification déterminant. Le G.I.E. n'est donc pas, en soi, réductible à la notion d'entente ; il n'est que le « support » ou l'instrument d'une entente licite ou illicite. Quel que soit le mode d'expression choisi (71), la qualification est liée à l'existence d'un accord instituant entre les participants une discipline collective de comportement susceptible d'influer sur le jeu de la concurrence, soit en la restreignant, soit en l'accroissant.

---

(69) Rapport pour 1974, p. 1207 ; sur le partage territorial du marché réalisé par cette entente, cf. *infra* n° 268.

(70) Le G.E.L.F., groupement constitué entre des entreprises aux fins d'adopter une discipline collective de comportement sur le marché, a été considéré comme une « entente » dont certaines activités tombaient sous le coup de la prohibition (partage du marché conférant aux concessionnaires une protection territoriale absolue) et certaines étaient pleinement licites (groupement des entreprises en vue de répondre à des appels d'offres de l'administration). Sur la qualification d'entrave à la concurrence de ces diverses pratiques, cf. *infra*, Titre 2, n° 221 ; n° 263 et s.

(71) Le rapport pour 1974 souligne l'originalité de la structure de l'entente « Fiorio » juridiquement organisée en recourant à la fois à des techniques sociétaires et contractuelles. La Commission déclare qu'il s'agit d'une forme « en étoile » dont les avis ne fournissaient jusqu'alors aucun exemple ; il semble que le qualificatif « en étoile » traduise le partage territorial du marché résultant des contrats de concession exclusive d'exploitation des procédés, le centre de l'étoile étant constitué par le concédant et ses branches par chaque contrat conclu entre concédant et concessionnaire (Rapport pour 1974, p. 1206).



### § 3. — Qualification d'entente appliquée à un syndicat

162. — La question de la qualification d'entente se pose en ce qui concerne les syndicats patronaux, qui, exclusivement chargés de la défense des intérêts collectifs de la profession, ne sont pas constitués, en principe, pour l'organisation des marchés et auxquels l'exercice d'activités à but lucratif est interdit (72). Une loi du 12 mars 1920 a, cependant, permis aux syndicats, sinon de faire le commerce, du moins de remplir le rôle d'une coopérative d'achat ou de vente à la condition de ne pas distribuer de ristournes à leurs membres (73). M. le professeur Farjat a montré, par ailleurs, que le rôle de ces groupements sur le marché est loin d'être négligeable dans la mesure où il est difficile aux non adhérents ou aux entrepreneurs rebelles de ne pas se conformer à leurs prescriptions (74). Il est intéressant d'examiner si cette formule juridique est souvent utilisée pour abriter des ententes.

163. — La Commission n'a pas hésité à qualifier d'ententes les syndicats ou groupements professionnels imposant à leurs membres de se conformer à une réglementation professionnelle contraire à la concurrence ou les incitant à se concerter dans le but d'y porter atteinte. A travers les avis, l'utilisation d'un syndicat professionnel comme support juridique de l'entente apparaît extrêmement fréquente (75). Les syndicats présentent, en particulier, l'avantage de permettre aux membres de se retirer librement. La forte autorité morale dont ils jouissent auprès de leurs membres leur confère, par ailleurs, une grande efficacité, encore accrue lorsqu'un autre syndicat, représentant un autre groupe professionnel, apporte son concours aux pratiques (76).

(73) G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, n° 57 et 282.

(74) Droit de la distribution, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 78.

(75) G. FARJAT, *Droit économique*, *op. cit.*, p. 142.

(76) Cf. en particulier les avis suivants : « Publicité », du 4 janv. 1958 ; « Matériel roulant ferroviaire », du 21 nov. 1958 ; « Bois du Nord », du 17 déc. 1960 ; « Voiles et marquises Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Lignes électriques à haute tension », du 19 févr. 1966 ; « Explosifs industriels », du 27 mai 1966 ; « Echelles en bois », du 19 mai 1967 ; « Sacs en papier », du 19 janv. 1968 ; « Usiniers du nettoyage à sec », du 21 févr. 1969 ; « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973 ; « Réseaux électriques du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973 ; « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 ; « Laboratoires de photos », du 28 févr. 1975 ; « Gobeletterie », du 16 avr. 1975 ; « Ficelles », du 23 mai 1975 ; « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975. Dans certaines affaires, le syndicat professionnel n'apparaît pas comme le « support juridique » *stricto sensu* de l'entente mais cette dernière fonctionne néanmoins sous l'égide de la chambre syndicale (« Papiers à cigarettes », du 17 mai 1968 ; « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969 ; « Produits pétroliers », du 9 févr. 1973 ; « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976).

(76) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958 : l'entente, dont le support juridique était la fédération de la publicité, n'a pu fonctionner que grâce au concours actif de la fédération de la presse ; cf. également l'avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976.

Le rapport pour 1975 déplore que les organisations syndicales ou parasyndicales se rendent coupables de pratiques d'entente ; ces infractions, de la part d'organismes dont les dirigeants sont les interlocuteurs habituels des pouvoirs publics, et connaissent bien la réglementation de la concurrence, sont d'autant plus graves (77).

164. — Le syndicat « support » d'une entente peut être la fédération nationale ou un syndicat départemental, selon que l'entente est nationale ou régionale (78) ; dans ce dernier cas, l'entente peut fonctionner sous l'égide de la fédération nationale (79) à moins qu'elle ait été réalisée sur ses incitations (80). Le syndicat peut enfin agir directement ou par personnes interposées (81).

La qualification d'entente a également été retenue à l'encontre des groupements professionnels spécialisés constitués au sein d'une union professionnelle plus large et groupant la quasi-totalité des fabricants : on rencontre ainsi deux ententes au sein de l'Union professionnelle du caoutchouc (U.P.C.), la première constituée entre les membres du groupement professionnel des fabricants de bandes transporteuses (82) et la seconde entre les membres du groupement professionnel des fabricants de tuyaux (83).

165. — La qualification d'entente d'un syndicat professionnel ne soulève ainsi pas plus de difficultés que la qualification d'une société ou d'un groupement d'intérêt économique. Le syndicat n'est pas l'entente ; il en est le « support » juridique ou l'instrument (84). Le seul problème, en l'occurrence, est lié au fait que cette forme juridique est fréquemment détournée de son but social très général (85) ; en conséquence, la Commission manifesterait une sévérité accrue à l'égard de ces groupements.

#### § 4. — Qualification d'entente appliquée à une association

166. — La question se pose de savoir comment la forme juridique de l'association régie par la loi de 1901 peut être qualifiée

(77) Rapport pour 1975, p. 997.

(78) *Supra*, n° 86 et s.

(79) Avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972.

(80) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 ; « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976.

(81) Avis « Canalisations d'eau et d'assainissement », du 4 juil. 1969 : l'avis relève que le syndicat agissait tantôt directement, tantôt par l'intermédiaire de certains de ses délégués régionaux, étroitement subordonnés aux organes dirigeants à qui ils devaient rendre compte de leur activité.

(82) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.

(83) Avis « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(84) Les pratiques d'entente peuvent se présenter comme l'exécution des prescriptions d'un règlement professionnel édicté par un groupement ou une fédération réunissant la très grande majorité des entreprises de la profession (Rapport pour 1960 à 1962, p. 12).

(85) G. FARJAT, *op. cit.*, loc. cit.

d'entente. Compte tenu des observations précédentes, qui peuvent être transposées au cas présent, on peut affirmer que l'association n'est pas, en elle-même, une « entente » mais peut le devenir si elle est créée ou utilisée aux fins d'instituer une discipline collective de comportement sur le marché. La formule semble plutôt convenir aux ententes désirant rester dissimulées (86). Plus sûre qu'un simple accord informel, elle est mieux adaptée à l'entente dotée d'une certaine permanence. Le choix de cette formule est cependant exclu lorsque la personne morale est appelée à intervenir directement dans une activité commerciale et à réaliser elle-même tout ou partie des profits escomptés par l'entente ; il se limitera aux ententes qui visent seulement la création et le contrôle d'une réglementation des activités des membres (87). L'application, par la Commission, de la qualification d'entente à des associations n'a pas soulevé de difficultés particulières (88).

..

167. — Nous constatons que la qualification d'entente n'est pas liée à la création ou à l'utilisation de groupements, qu'ils soient ou non dotés de la personnalité juridique. La raison tient au fait qu'aucune des techniques juridiques envisagées n'est totalement réductible à la notion d'entente. L'« entente », au sens de l'article 59 bis, n'est que l'accord par lequel des entrepreneurs décident de renoncer, pour une durée et dans une mesure variables, à leur indépendance de décision afin d'adopter une discipline collective de comportement susceptible de modifier les conditions de la concurrence. Cette « entente » peut se greffer sur un organisme quelconque doté de

---

(86) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 108.

(87) Sur les associations de grossistes, cf. Droit de la distribution, sous la direction de J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 79.

(88) On trouve quelques exemples d'ententes ayant pour support une association régie par la loi de 1901 :

Avis « Acier moulé », du 22 juin 1962 : aux termes de ses statuts, l'association se chargeait de « la gestion des fonds de compensation, garanties et indemnités ainsi que (de) la mise en œuvre et (du) contrôle de l'exécution d'accords éventuels entre les adhérents ».

Avis « Fabricants d'articles de visserie », du 18 déc. 1965 : l'association regroupait en quatre sections distinctes la plupart des fabricants français selon leur spécialité.

Avis « Filateurs de coton cardé du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968 ; lors de son deuxième examen de la situation de la concurrence dans cette branche, la Commission relève une certaine « harmonisation » des politiques suivies par l'association des filateurs du Nord et de l'Ouest, d'une part, et le syndicat textile de l'Est, d'autre part, sans qu'ait été établie l'existence d'une entente globale (avis du 16 mai 1975).

Les deux avis « Fabricants de tissus pour cravates marque Tergal » et « Confectionneurs de cravates marque Tergal », du 19 oct. 1963 font également état de l'existence d'une association sans en préciser la nature ; il semble toutefois qu'il s'agisse également d'associations régies par la loi de 1901.

la personnalité juridique, qu'il s'agisse d'une société, d'un groupement d'intérêt économique, d'un syndicat professionnel, ou d'une association, ou à caractère occulte comme la société en participation, non dotée de la personnalité juridique.

La dissociation opérée en 1974 entre les notions d'entente, d'une part, et d'entrave à la concurrence, d'autre part, peut rendre plus difficile la qualification dans la mesure où la différence entre un groupement juridique licite et une « entente » également licite semble être particulièrement ténue. L'élément essentiel de qualification résidant dans l'existence d'un accord instituant entre plusieurs entreprises une discipline collective de comportement susceptible d'affecter, dans le sens de la restriction ou de l'accroissement (89), le jeu de la concurrence, la Commission devra s'employer dans chaque hypothèse à rechercher cet accord quel que soit le mode d'expression adopté (90). En conclusion, si les avis révèlent que l'accord d'entente s'exprime fréquemment à travers des groupements, on peut affirmer que la qualification d'entente est indépendante du recours à ces techniques juridiques.

---

(89) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974. Rapport pour 1974, p. 1207.

(90) Les problèmes de qualification paraissent devoir être limités dans la mesure où la qualification d'entente licite au regard de l'article 59 bis intéresse surtout celles qui se constituent entre petites et moyennes entreprises (infra, n° 431 et s.).



## CHAPITRE II

### CONDITIONS RELATIVES A LA CONCLUSION DE CONTRATS

168. — La question se pose de savoir si la qualification d'entente peut être subordonnée à la conclusion de contrats, le terme de contrat devant être pris dans le sens de *negotium* et non d'*instrumentum*. Nous avons observé, en effet, que la Commission refuse tout critère formel de l'entente, retenant comme élément déterminant de la qualification la « concertation » entre les entreprises. M. le professeur Blaise a, également, montré dans sa thèse que toute entente repose sur un élément fondamental, l'accord entre les entreprises, la notion d'accord, c'est-à-dire de concertation, conservant un caractère irréductible quelle que soit la façon dont il s'exprime (1). Il importe, donc, de préciser la notion de concertation et de la définir, plus particulièrement par rapport à celle de contrat. Si tout contrat suppose une concertation, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Dans ces conditions, la qualification d'entente peut susciter des difficultés lorsque les entreprises soupçonnées d'avoir constitué une entente tacite nient s'être concertées. La question a une grande importance pratique, car, dans la mesure où les travaux de la Commission commencent à être connus, les ententes manifestent une tendance accrue à la dissimulation (2) et leurs adhérents, tentés de recourir à des formes peu aisées à déceler, se contentent de régler leurs activités par des accords informels donnant naissance à une « entente tacite ». Or, si les ententes tacites sont expressément

---

(1) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 77.

(2) Rapport pour 1974, p. 1206.

visées par l'article 59 bis, le problème est de savoir si l'on peut aller jusqu'à qualifier d'ententes tacites les simples actions parallèles. Tels sont les problèmes qu'a dû résoudre la Commission. Nous examinerons successivement la qualification d'entente en présence (Section 1) ou en l'absence (Section 2) de contrat.

## SECTION I

### APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE EN PRESENCE DE CONTRATS

169. — L'article 59 bis envisage expressément les « conventions » ; la qualification d'entente peut donc être appliquée à un contrat imposant aux parties des comportements anticoncurrentiels. Contrairement à toute attente, les contrats de cette nature ne sont pas rares et la Commission relevait déjà en 1956 que

« les ententes résultent plus fréquemment qu'on ne pourrait le penser de stipulations écrites... les règles constitutives de l'entente (formant) autant de clauses d'un contrat conclu entre les différentes entreprises intéressées » (3).

Les techniques contractuelles sont ainsi souvent utilisées, parfois même pour fixer les obligations respectives de plusieurs ententes reposant elles-mêmes sur des conventions. La Commission a constaté, à propos de l'affaire « Tubes d'acier » (4), que la combinaison et la superposition des contrats aboutissaient à la constitution

« d'ententes professionnelles écrites, solidement organisées et groupant la majorité des entreprises de la profession ».

170. — Il importe peu, pour la qualification d'entente, que les contractants aient donné à leur convention la dénomination de « protocole d'accord » (5) ou bien que le contrat soit conclu entre des entreprises (6) ou entre un groupement présentant le caractère d'une entente et des entreprises qui, elles, ne sont pas regroupées (7), ou encore entre deux groupements d'entreprises chargés à leur tour

---

(3) Rapport pour 1956, p. 17. Cf. également M. BRUSETTI, Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes, thèse précitée.

(4) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960.

(5) Avis « Champignons de couche », du 19 oct. 1968 ; « Sucres dénaturés », des 2 oct. et 27 nov. 1970.

(6) Avis « Levure de panification », du 24 sept. 1955 ; « Culots de lampe », du 26 mai 1956 ; « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Champignons de couche », du 19 oct. 1968 ; « Tubes en P.V.C. », du 17 oct. 1973.

(7) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

d'imposer à leurs adhérents les pratiques convenues (8). On s'est demandé, toutefois, si la qualification d'entente pouvait être retenue lorsque les entreprises en cause ne sont pas liées entre elles par un contrat et ont individuellement adhéré à une convention internationale comportant des obligations restrictives de la concurrence. La Commission a répondu par l'affirmative à propos de l'affaire des « fabricants de linoléum » (9) en affirmant que, même s'il n'existait aucun support juridique de l'accord conclu entre les entreprises, l'entente française « découlait » de l'entente internationale.

De même, la qualification d'entente a été retenue à l'encontre de deux producteurs entre lesquels il n'existait pas de contrat mais qui étaient liés par une convention unique, fixant des prix et conditions de vente identiques, à des négociants agréés (10).

171. — La qualification d'entente s'applique aussi bien aux contrats écrits qu'aux accords verbaux (11), pour autant qu'ils sont parfaitement établis ; la preuve peut résulter de l'aveu des intéressés (12). C'est donc bien l'accord des volontés qui constitue l'élément essentiel de la qualification d'entente, l'écrit n'ayant qu'une valeur probatoire, à condition qu'il ait pour objet l'institution d'une discipline collective de comportement sur le marché.

## SECTION 2

### APPLICATION DE LA QUALIFICATION D'ENTENTE EN L'ABSENCE DE CONTRAT

172. — L'article 59 bis vise aussi bien les ententes expresses que les ententes tacites ainsi que le rappelle le rapport pour 1975 (13). L'élément commun de qualification réside, comme l'a démontré M. le professeur Blaise, dans l'accord existant entre les entrepri-

---

(8) Avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1960. Rapport pour 1960 à 1962, p. 12.

(9) Avis « Industrie du linoléum », du 21 oct. 1961 : une convention internationale conclue entre les producteurs de différents Etats, imposait des obligations relatives aux prix et aux conditions de vente dans certains territoires nationaux, dont le territoire français ; plus particulièrement, les prix du linoléum importé devaient être alignés sur les prix du linoléum français.

(10) Avis « Producteurs et négociants d'amiante-ciment », du 16 juin 1967.

(11) Rapport pour 1969, p. 119.

(12) L'aveu permet également de prouver l'existence d'un contrat écrit lorsque les adhérents sont dans l'impossibilité d'en rapporter la preuve conformément aux modes spéciaux du droit des obligations, cf. l'avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956.

(13) Rapport pour 1975, p. 997.

ses (14). Or, si tout contrat suppose nécessairement un accord, la question est de savoir si tout accord est assimilable à un contrat. L'examen des travaux de la Commission permet de constater que, pour la qualification des ententes tacites, elle ne se réfère pas à la notion de contrat mais à celle de « concertation ». Il importe donc de préciser cette notion à laquelle est subordonnée la qualification d'entente (§ 1). Le principe est, en effet, que, sans concertation, il ne peut y avoir d'entente au sens de l'article 59 bis. mais nous pourrions constater que, par certaines techniques probatoires, la Commission présume la concertation dans certains cas en étendant *ipso facto* la qualification d'entente (§ 2).

### § 1. — Subordination de la qualification d'entente à l'existence d'une concertation des entreprises

173. — La Commission se réfère pour la qualification d'entente à la notion de concertation (15) qui apparaît ainsi comme l'élément fondamental de l'entente. La question se pose de la réductibilité de cette notion à une notion juridique connue.

#### A. — NECESSITE D'UNE CONCERTATION ENTRE LES ENTREPRISES

174. — L'affaire des « canalisations d'Alençon », en 1972 (16), permet d'affirmer que la concertation constitue l'élément fondamental de la qualification d'entente. La Commission était, en l'espèce, invitée à donner un avis sur des pratiques anticoncurrentielles auxquelles se seraient livrées plusieurs entreprises ayant soumis à des marchés de travaux publics. Le dossier faisait apparaître un certain nombre de faits troublants (17), et les pratiques suivies faussaient incontestablement la concurrence ; il n'était toutefois pas prouvé que les entreprises s'étaient concertées et elles prétendaient avoir agi simultanément mais individuellement. La Commission a répondu très nettement que la concertation constituait une condition impérative de l'application de l'article 59 bis : s'il n'y a pas eu de concertation entre les entreprises, la condition relative à l'entente fait défaut et les pratiques ne peuvent être envisagées au regard de l'article 59 bis quand bien même elles réaliseraient

(14) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 78 et s.

(15) La Commission se réfère à la notion de concertation aussi bien pour les ententes expresses (« la forme juridique adoptée par les entreprises pour se concerter est sans influence sur l'application des dispositions... qui régissent la concurrence », cf. Rapport pour 1974, p. 1206) que pour les ententes tacites.

(16) Avis « Canalisations d'Alençon », du 22 sept. 1972.

(17) En particulier, la même entreprise se trouvait être attributaire des trois marchés.



une entrave à la concurrence (18). Le texte ne vise, en effet, que les comportements collectifs à l'exclusion des comportements individuels.

## B. — DISTINCTION ENTRE LES NOTIONS DE CONCERTATION ET DE CONTRAT

175. — La qualification d'entente étant subordonnée à la constatation d'une concertation, il importe de définir cette notion. Le terme de concertation implique l'existence d'une intention commune aux personnes qui se concertent, d'un accord en vertu duquel un certain type d'action commune a été projeté. La question est alors de savoir si cet accord est réductible à la notion juridique de contrat. En contradiction avec certains auteurs (19), M. le professeur Blaise estime que l'accord informel sur lequel repose généralement l'entente tacite se différencie du contrat (20). Dans certains cas, en effet, les membres de l'entente décident d'adopter une politique commune en se réservant la possibilité de changer d'attitude à leur convenance, en particulier si les résultats escomptés ne sont pas obtenus. En conséquence, ils ne s'obligeraient pas juridiquement, au sens de l'article 1101 du Code civil, et leur accord ne pourrait constituer un contrat. Des considérations relatives à la preuve justifient, selon M. le professeur Blaise, cette distinction entre le contrat et l'accord informel : tandis que le premier révèle par lui-même l'existence de l'entente, un accord dépourvu de conséquences juridiques ne peut être appréhendé par le droit que s'il est complété par des agissements. Dans ce cas, il y a « action concertée » et « c'est l'action effectivement perpétrée, qui, après coup, donne effectivement sa signification à l'accord préalablement intervenu entre les entrepreneurs » (21).

176. — Il semble, lorsqu'on examine les avis, que la notion de concertation à laquelle se réfère la Commission pour qualifier une entente soit effectivement plus large que celle de contrat. L'absence de contrat ne constituera donc pas un obstacle à la qualification d'entente. Il suffira à la Commission de constater qu'il y a bien eu rencontre des volontés des participants dans un projet commun, même si cet accord n'a pas pour objet la création d'une obligation au sens de l'article 1101 du Code civil, imposant d'adopter un com-

---

(18) Rapport pour 1972, p. 25. Il résulte de la position adoptée par la Commission que les « offres de principe » *non concertées*, qui faussent le jeu de la concurrence, ne sauraient être appréciées au regard de l'article 59 bis dans la mesure où, par définition, elles ne résultent pas d'une entente (sur la répartition des marchés publics, *infra* n° 213 et s.).

(19) L. MAZEAUD, *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*, précité, p. 27.

(20) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 80 et s.

(21) *Ibid.*, n° 81.

portement anticoncurrentiel. Il suffit que l'accord ait pour objet l'adoption d'une discipline collective de comportement susceptible d'influer sur la concurrence, même si les membres n'ont pas consenti à s'obliger juridiquement et se sont réservé la possibilité de changer d'attitude à tout moment.

## § 2. — Extension de la qualification d'entente grâce aux règles probatoires posées par la Commission

177. — La qualification d'entente étant subordonnée à l'existence d'une concertation et non d'un contrat, de nombreuses difficultés de preuve surgissent. Il arrive fréquemment que des ententes, expresses à l'origine, dénoncent et suspendent les contrats antérieurement conclus, soit totalement (22), soit partiellement (23) ; ou encore l'entente peut procéder officiellement à sa dissolution, réclamée par le ministre de l'Economie et des Finances sur recommandation de la Commission (24), mais des signes laissent supposer qu'elle s'est maintenue. Une simple enquête administrative suffit parfois à provoquer une modification du comportement extérieur des membres de l'entente (25) (26). Dès 1956, le rapport indiquait que la Commission manifestait un certain scepticisme à l'égard de ces résiliations ou dénonciations de contrats. Ceci l'a conduite à admettre que la concertation peut être présumée à partir d'indices graves, précis et concordants. Un problème particulier se pose, cependant, lorsque le seul indice réside dans le parallélisme des comportements des entreprises, la question étant de savoir si l'action commune permet dans tous les cas de présumer l'accord préalable.

---

(22) Avis « Fûts métalliques », du 17 mars 1956 ; « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960.

(23) Avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965 ; « Carreaux de faïence », du 20 mars 1965.

(24) 2ème avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970.

(25) Avis « Carbure de tungstène », du 20 sept. 1974 : la chambre syndicale des fabricants de carbure établissait initialement des tarifs valables pour l'ensemble de la profession et ceci même après instauration du régime de la liberté des prix ; après l'enquête cette diffusion a cessé, les prix pratiqués et les conditions de vente demeurant identiques pour les entreprises affiliées.

(26) L'hypothèse inverse, d'une action concertée laissant la place à une entente expresse, se rencontre également, cf. les avis « Fûts métalliques », du 17 mars 1956 et du 24 sept. 1965 : en l'occurrence l'entente a d'abord été expresse jusqu'en décembre 1953, soit quelques mois après le décret de 1953 édictant la prohibition des ententes anticoncurrentielles ; lors de son premier avis, en 1956, la Commission a noté l'existence d'une action concertée entre plusieurs membres de l'entente antérieure ; deux mois après cet avis, les participants à l'action concertée constituaient une entente expresse sous la forme d'une société en participation.

## A. — ADMISSION DE LA PRESOMPTION D'ENTENTE TIREE D'INDICES GRAVES, PRECIS ET CONCORDANTS

178. — Le texte de l'article 59 bis ne contient aucune précision relative aux modes de preuves admissibles. Les apports en ce domaine sont donc exclusivement dus à la Commission. Après quelques hésitations, elle a reconnu l'admissibilité de la preuve par présomption à condition que les indices soient graves, précis et concordants.

### 1°) *ADMISSIBILITE DE LA PREUVE PAR PRESOMPTION*

179. — Au problème de savoir si une entente peut se prouver par présomption, la Commission a apporté un début de solution, dès 1956, en posant en principe qu'elle ne « saurait s'en tenir aux apparences et qu'elle est habilitée à rechercher si les pratiques *effectivement suivies* par les entreprises constituent la manifestation d'une action concertée ou d'une entente » et qu'elle « arrête sa conviction au vu d'un examen de fait du marché du produit considéré » (27). Mais, quoi qu'elle se soit reconnu alors le pouvoir de principe de pousser assez loin ses investigations, elle atténuait aussitôt la portée de cette affirmation en précisant qu'elle ne « retenait pas de simples présomptions pour admettre l'existence d'une entente ». Dans l'affaire « Verre électrotechnique » (28), elle avait décidé que cette existence n'avait pas été établie, bien que les deux producteurs maîtres du marché considéré aient utilisé un tarif commun de vente, parce que celui-ci n'était plus appliqué et que les prix avaient évolué dans le sens d'une nette différenciation. Dans une affaire postérieure, les intéressés avaient invoqué la disparition de l'entente après la suspension de la convention qu'ils avaient conclue (29) ; sceptique, la Commission s'était cependant montrée assez nuancée, en l'espèce, et quoiqu'elle eût relevé certains indices permettant de supposer que la situation n'était pas parfaitement concurrentielle (30), elle avait estimé que ces éléments ne permettaient pas d'affirmer que l'entente avait été reconstituée (31).

180. — Il faut attendre 1958 pour trouver clairement énoncé le principe selon lequel, en l'absence de tout écrit ou aveu émanant des industriels en cause, la Commission se reconnaît pleinement

---

(27) Rapport pour 1954-1955, p. 5.

(28) Avis « Verre électrotechnique », du 19 nov. 1955.

(29) Avis « Fûts métalliques », du 17 mars 1956.

(30) Certains producteurs avaient, en effet, manifesté le désir de reconstituer l'entente, plusieurs avaient adhéré à une entente internationale ; de surcroît, il existait des difficultés économiques dans ce secteur.

(31) La Commission a cependant admis qu'une partie des mêmes fabricants avait mené une action concertée à l'occasion de marchés publics, le parallélisme de leurs comportements ayant révélé un accord pour la répartition des quantités offertes ; cet indice était, toutefois, complété par le fait que les intéressés n'avaient apporté aucune justification valable de leur conduite.

compétente pour affirmer l'existence d'une entente lorsqu'apparaissent des « indices graves, précis et concordants d'une action concertée » (32), formule qui sera toujours reprise par la suite (33). La preuve de la concertation peut donc s'induire à partir de l'existence d'un « faisceau de constatations » permettant à la Commission de forger son intime conviction (34).

Le rapport pour 1960 à 1962 (35) insiste sur l'étroite parenté entre cette manière de raisonner et celle, en vigueur en matière administrative (36), selon laquelle

« le raisonnement peut permettre à partir de circonstances prouvées et non contestées de déduire de ces circonstances, avec un degré de certitude suffisant, la réalité du fait contesté ».

## 2°) EXIGENCE D'INDICES GRAVES, PRÉCIS ET CONCORDANTS

181. — Il est intéressant d'examiner quels sont les indices à partir desquels la Commission présume l'existence d'une concertation entre les entreprises (37). On constate, à travers les avis, qu'ils sont extrêmement variés : l'existence d'une entente antérieure dans le secteur considéré (38), la stabilité des positions relatives des entreprises (39), certains documents écrits et même le silence constituent autant de signes d'une entente. Tous n'ont pas la même force probante.

182. — L'existence de documents écrits diffusés auprès de plusieurs entreprises par un organe central, généralement un syndicat professionnel, fait présumer l'existence d'une concertation. Il faut, cependant, établir une distinction en fonction de l'objet du document.

(32) Rapport pour 1958 à 1959, p. 304.

(33) Rapport pour 1975, p. 997.

(34) Au contraire du droit civil, où le système de la preuve légale reste prédominant, il est permis au juge en matière administrative d'apprécier librement la valeur des preuves afin de former son intime conviction (J.-Ph. COLSON, L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, Thèse, Montpellier 1969, p. 225).

(35) Rapport pour 1960 à 1962, p. 12 ; le rapport se réfère expressément à deux arrêts du Conseil d'Etat (C.E. 28 mai 1954, Barel, Rec., p. 308 et C.E. 23 déc. 1955, Lévy, Rec. p. 608) illustrant l'orientation prise par la jurisprudence administrative dans le sens d'un accroissement du pouvoir inquisitorial du juge lorsqu'il existe un commencement de preuve ; cette extension s'applique en particulier au contentieux des décisions à caractère économique (C.E. 26 janv. 1968, Génestral, Rec. p. 62, concl. BERTRAND).

(36) Cf. LASRY, Concl. sous C.E. 23 déc. 1955 (Lévy), D. 1956. 2. 27 ; il n'est pas sans intérêt de relever que le Commissaire du gouvernement n'était autre que le président de la Commission technique des ententes ; ce président a d'ailleurs toujours été un conseiller d'Etat et cette circonstance permet d'expliquer la parenté qui existe entre la jurisprudence administrative et celle de la Commission technique des ententes.

(37) J. TOUTEE, Les ententes professionnelles, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1960, n° 14, p. 173.

(38) 2ème avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970.

(39) Ibidem.



Les « tarifs syndicaux », souvent accompagnés de barèmes de remises communs, adressés à plusieurs entreprises, peuvent faire présumer une entente sur les prix. L'avis « Verres de lunettes » l'avait implicitement admis (40) et la question a été définitivement tranchée lors de l'affaire des « Compteurs d'eau » (41). L'avis déclare, en effet, que

« l'existence d'un tarif syndical accompagné d'un barème de remises commun implique nécessairement une concertation entre les producteurs ».

Plus qu'un simple indice, l'existence d'un tarif commun est désormais considérée comme la preuve formelle d'une concertation sans pour autant que la Commission préjuge de sa licéité (42).

La Commission est plus nuancée lorsque le document adressé aux entreprises présente seulement le caractère d'une « étude de tarification » destinée à aider les entreprises, notamment lorsque ce document a été établi par un syndicat professionnel à la demande de l'administration. Un tel document, à caractère informatif, ne peut être considéré comme la preuve formelle d'une concertation. Si les professionnels fixent néanmoins leurs prix de vente en fonction de cette étude, sans rechercher individuellement leurs prix de revient, ils se placent

« par une attitude tacite uniforme dans la situation d'une entente répréhensible » (43).

Les statistiques adressées aux entreprises par un organe central soulèvent un problème plus délicat. Trop vague, cet indice ne permettrait pas, à lui seul, de présumer l'existence d'une entente de répartition du marché (44). Ces statistiques, en effet, donnent des indications sur les tonnages déjà livrés, les commandes enregistrées et les livraisons déjà effectuées. En l'absence de tout autre élément il est donc difficile d'affirmer qu'elles ne constituent pas de simples constatations et sont destinées, au contraire, à fixer pour l'avenir les parts respectives des membres sur le marché. Si les positions respectives des membres sont restées stables, sans que cela puisse

(40) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

(41) Avis « Compteurs d'eau », du 18 mars 1966.

(42) Telle était, du moins, la position adoptée par le rapport pour 1967 qui prononçait une condamnation de principe des barèmes normatifs et admettait la licéité éventuelle des barèmes indicatifs (Rapport pour 1967, p. 321); depuis lors, la Commission s'est aperçue que les barèmes informatifs pouvaient être aussi nocifs et aussi répréhensibles que les barèmes impératifs (Rapport pour 1972, p. 25); sur ces questions, cf. infra, n° 320 et s.

(43) Avis « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975; dans un tel cas, la dilution des responsabilités était telle qu'aucune action répressive ne pouvait être envisagée avant la loi du 19 juil. 1977 (Rapport pour 1975, p. 999).

(44) Rapport pour 1972, p. 25. Avis « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969; « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972.

s'expliquer par leurs situations très différentes, la diffusion de statistiques sera considérée, en revanche, comme une répartition par quotas déguisée (45).

183.— Le silence a été considéré comme indice permettant de présumer une concertation entre la personne qui conserve le silence et les professionnels qui la mettent en cause, pour autant qu'elle ait été au courant. Le rapport pour 1975 (46) déclare ainsi à propos de l'affaire « Gobeleterie » (47) que

« l'entente tacite peut résulter du simple fait pour une personne de ne pas démentir les allégations qui la présentent comme apportant son concours actif à une entente en étant prête à prendre des sanctions contre ceux qui n'en respecteraient pas les clauses »

Le silence permet alors de présumer la complicité de cette personne avec l'entente. Le rapport admet qu'une personne privée n'est pas tenue de dénoncer un délit, notamment une entente illicite, mais

« conserver le silence en présence de telles déclarations équivaut à concourir tacitement à l'efficacité de l'entente, et un tel comportement, s'il est établi, permet de regarder celui qui l'a observé comme co-auteur de l'infraction ».

Le silence constituera donc une preuve de l'entente tacite s'il est suffisamment éloquent (48).

184.— On peut se demander si la très grande liberté que se reconnaît la Commission dans l'appréciation de la valeur des preuves ne fait pas courir certains dangers aux entreprises. Les risques sont limités, en fait, par l'exigence d'indices multiples présentant le caractère de gravité, précision et concordance (49), ce qui exclut, en particulier, qu'une entente puisse être présumée à partir d'un fait unique (50). On relèvera, par ailleurs, que les avis de la Com-

---

(45) Avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970.

(46) Rapport pour 1975, p. 997.

(47) Avis « Gobeleterie », du 16 avr. 1975.

(48) La sévérité de la Commission est tempérée par le fait que la personne mise en cause doit avoir réellement connu les allégations selon lesquelles elle s'associerait à des pratiques anticoncurrentielles ; dans l'affaire « Gobeleterie », en dépit de « sérieux soupçons », la Commission a estimé que cette connaissance n'était pas formellement établie ; le ministre s'est, en revanche, montré plus sévère, estimant prouvée la connivence entre les fabricants et le syndicat, sans toutefois renvoyer l'affaire au parquet en raison de la prescription des pratiques incriminées (Décision du 27 août 1975).

(49) 2ème avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970 ; il existait, en l'espèce de nombreux indices d'une concertation (entente antérieure officiellement dissoute, positions respectives des membres très stables sans que cela puisse s'expliquer par leurs situations très différentes, prix uniformes).

(50) Bien qu'il soit manifeste qu'une firme étrangère ait refusé de concurrencer un groupe français, ce seul fait ne permet pas de tenir l'entente pour établie, cf. l'avis « Anhydride carbonique », du 30 mai 1969.

mission technique des ententes et des positions dominantes n'emportaient par eux-mêmes aucune sanction, l'action répressive étant réservée au juge pénal selon les règles, notamment de preuve, de la procédure pénale. Depuis la réforme opérée par la loi du 19 juillet 1977, les entreprises conservent également une garantie juridictionnelle jouant en dernier ressort soit du fait de la compétence du juge pénal, soit en raison de la compétence du Conseil d'Etat en cas de sanction administrative.

185. — L'exigence d'un faisceau d'indices a d'ailleurs conduit la Commission à ne pas présumer l'existence d'une entente de répartition des marchés publics lorsque seule l'analyse des résultats des appels d'offres, même si elle fait apparaître des faits troublants, pourrait permettre de conclure à des pratiques concertées (51). Que la même entreprise soit attributaire de plusieurs marchés peut, en effet, s'expliquer par le fait que les autres soumissionnaires ont répondu sans être vraiment intéressés (52) ; la probabilité d'une concertation n'est pas suffisante pour emporter la conviction. S'il apparaît, en revanche, que la société attributaire s'était chargée avant les appels d'offres d'établir les bordereaux de prix pour les autres soumissionnaires, avec leur agrément, il ne peut y avoir aucun doute sur l'existence de leur accord (53).

La relative prudence de la Commission dans la preuve des ententes de répartition des marchés publics est due au fait que la concertation des entreprises dans ce domaine justifie presque toujours le renvoi au parquet (54). La Commission estime que

« le fait de formuler, dans un avis... public, la proposition de transmettre l'affaire au parquet, constitue déjà... une mesure grave. Celle-ci doit être limitée aux cas où la Commission est parvenue... à une véritable conviction » (55).

## B. — ADMISSIBILITE DE LA PRESOMPTION D'ENTENTE TIREE DU SEUL PARALLELISME DES COMPORTEMENTS

186. — La question se pose de savoir si l'on peut présumer l'existence d'une entente à partir de l'indice unique que constitue

(51) Rapport pour 1972, p. 25.

(52) Il peut s'agir, en effet, d'offres de principe « non concertées », simples « cartes de visite » déposées par les entreprises pour se rappeler au souvenir de l'administration ; ces pratiques faussent la concurrence mais, en l'absence de concertation, ne tombent pas sous le coup de l'article 59 bis, cf. l'avis « Ville d'Alençon », du 22 sept. 1972 ; infra, n° 219.

(53) Avis « Equipement du Gard », du 5 mars 1976 : en l'espèce, la mention manuscrite « on couvre Portal » découverte sur une lettre était suffisamment explicite ; trois autres entreprises impliquées dans l'affaire ont, en revanche, été mises hors de cause, les indices n'étant pas suffisamment probants.

(54) Le partage concerté des marchés publics est considéré comme très nocif. Dans l'affaire « Equipement du Gard » (avis du 5 mars 1976), la Commission n'a cependant pas estimé opportun le renvoi au parquet compte tenu de l'imprécision des responsabilités ; elle n'a pas été suivie par le ministre qui a engagé des poursuites pénales.



la constatation du parallélisme des comportements de plusieurs entreprises. On peut, en effet, soupçonner qu'il s'agit d'une action concertée; or, la preuve d'une action concertée soulève de réelles difficultés (56) lorsque les entreprises nient à la fois les pratiques et la concertation qui serait à l'origine de leur action (57). Etablir l'existence d'une action concertée suppose, comme l'a souligné M. le professeur Blaise (58), une double preuve : celle de l'action commune effectivement suivie par les entreprises en cause, d'une part, celle de la concertation dont résulte la similitude des comportements, d'autre part. Or, s'il est relativement aisé de démontrer, s'agissant de simples faits juridiques, que telles ou telles actions ont été menées simultanément par des entreprises, il est beaucoup moins facile d'établir en toute certitude que cette similitude résulte d'un accord, élément essentiellement subjectif (59).

---

(55) Rapport pour 1972, loc. cit.

(56) Rappelons que la preuve des ententes expresses résulte le plus souvent de stipulations écrites, soit qu'il existe un contrat, soit qu'un organisme de gestion de l'entente ait été créé sous une forme juridique quelconque.

(57) La preuve des ententes, expresses ou tacites, peut résulter de l'aveu des intéressés : le rapport pour 1956 relevait qu'en pratique l'enquête administrative et les investigations du rapporteur aboutissaient le plus souvent à constater des pratiques d'ententes reconnues par les intéressés (Rapport pour 1956, p. 17) ; cet aveu présente une grande importance pratique dans la mesure où une jurisprudence constante interdit aux entreprises ayant nié l'entente de se prévaloir des dispositions de l'article 59 ter ; cette interdiction ne devrait cependant viser que les entreprises contestant l'ensemble des faits et non celles qui contestent seulement leur qualification au regard de l'article 59 bis (Rapport pour 1970, p. 419 ; *infra*, n° 503 et s.).

(58) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 83 et s.

(59) Le parallélisme des actions peut exister indépendamment de toute concertation. Dans sa thèse, M. le Professeur Blaise s'est attaché à démontrer que, dans un certain nombre de cas et dans certaines conditions, une situation d'oligopole aboutit à une action combinée des vendeurs, parce qu'ils agissent en considération des réactions probables de leurs concurrents : tout se passera alors comme s'il existait effectivement une entente. Cette similitude des attitudes peut se constater dans trois séries d'hypothèses :

1°) en ce qui concerne la détermination des prix, par exemple, lorsque la demande est souple, un vendeur peut, en réduisant ses tarifs, forcer son rival à en faire autant ; mais dans un marché suffisamment transparent, il lui est possible de prévoir les réactions du concurrent (en particulier ses représailles) de sorte qu'aucun ne baissera ses prix, exactement comme s'il existait entre eux un accord monopolistique ;

2°) lorsqu'il existe dans le secteur économique considéré une firme « pilote » capable d'inspirer de la crainte à ses concurrents ou une entreprise « barométrique » mieux informée sinon plus puissante, les autres concurrents se comportent alors en satellites et alignent leur politique commerciale sur celle de la firme la mieux placée, comme s'il y avait entente ;

3°) enfin les entreprises peuvent arriver à un accord tacite, véritable marchandage implicite dans lequel les oligopoleurs ne se contentent plus de prévoir les réactions des autres ou de s'aligner sur eux, mais essaient de découvrir à travers les réponses des autres quelles seront les conséquences ultimes de leurs comportements respectifs ; ce marchandage de fait peut être rapproché des pourparlers qui précèdent tout accord ; il est dicté par l'idée qu'existe un intérêt commun distinct de celui des membres pris isolément.



187. — La Commission se trouvait donc placée devant un dilemme : soit qualifier d'entente la similitude des comportements dans le seul cas où la concertation est suffisamment établie par d'autres indices, ce qui est conforme au texte mais limite les possibilités de contrôle, soit décider que tout parallélisme des actions est révélateur d'une concertation, ce qui peut être arbitraire mais permet de réprimer les comportements nocifs.

Elle a résolu le problème en admettant que le parallélisme des comportements permet de présumer la concertation des entreprises dans le seul cas où les actions parallèles sont constatées en matière de prix. Dans les autres hypothèses, elle persévère à exiger des indices graves, précis et concordants. La présomption d'entente sur les prix tirée de ce seul indice n'a d'ailleurs qu'une force probante relative.

#### 1°) PRESOMPTION DE CONCERTATION TIRÉE DU PARALLÉLISME DES COMPORTEMENTS EN MATIÈRE DE PRIX

188. — Nombreux sont les cas où le seul indice d'une entente réside dans la similitude de fait des prix pratiqués par les entreprises, qu'il s'agisse des prix proposés par les soumissionnaires ou les adjudicataires dans les marchés publics (60), ou des prix de vente de leurs produits (61). Cette identité est d'autant plus troublante qu'elle concerne non seulement les articles sur catalogue mais aussi les articles sur devis (62), ou encore qu'il y a également identité des conditions de vente (63). La question s'est alors posée de savoir si la concordance des barèmes individuels fixant des prix et des remises identiques et évoluant dans le même sens (64) permet de

---

Le problème qui se pose ici est celui de savoir si dans les trois cas décrits les règles relatives aux ententes pourront s'appliquer aux oligopoleurs. (Nous ne reviendrons pas sur cet aspect économique de la question, cf. J.-B. BLAISE, op. cit., n° 85 et s.).

(60) On constate une fréquence particulière des ententes tacites dans les marchés publics (cf. le rapport pour 1974, p. 1207) ; il s'agit souvent de coalitions d'entreprises parfaitement conscientes de frauder la loi sur les marchés publics sinon de contrevenir aux règles de la concurrence ; la Commission doit se livrer à une analyse détaillée des soumissions qui lui permet de constater une coïncidence à 1 % près des prix ou un écart constant des prix proposés par deux entreprises par rapport à une troisième (avis « Casernements de la région parisienne », du 18 déc. 1965), des taux de majoration unique (avis « Blanchisseurs industriels », du 17 janv. 1969), des rabais identiques (avis « Développement et tirage de films », du 16 oct. 1970).

(61) Cf. en particulier les avis suivants : « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Aciers étirés », 2ème avis du 20 févr. 1970 ; « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 ; « Munitions de chasse », du 18 janv. 1964 ; « Carreaux de grès », des 23 janv. 1965 et 21 sept. 1973 ; « Carreaux de faïence », des 20 mars 1965 et 21 sept. 1973 ; « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968 ; « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972 ; « Montures de lunettes », du 4 juin 1975.

(62) Avis « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968.

(63) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.

(64) Il est nécessaire de constater une similitude des comportements des entreprises pendant une certaine durée, car des tarifs identiques à un certain moment peuvent se différencier progressivement (avis « Verre électrotechnique », du 19 nov. 1955).

présumer l'existence d'une concertation entre les entreprises. La théorie économique enseigne, en effet, que le parallélisme des comportements peut avoir différentes causes. Il peut ainsi y avoir alignement, sur une firme « pilote » ou « baromètre », des concurrents qui se comportent en satellites exactement comme s'il y avait entente alors pourtant qu'ils ne se sont pas concertés. De fait, certains avis semblent admettre ce raisonnement. La Commission déclare dans l'avis « Petits articles métalliques » que

« cette identité de prix semble imputable à l'action de l'entente, bien qu'elle puisse également s'expliquer, en ce qui concerne les petites entreprises, par leur tendance naturelle à aligner leurs tarifs de vente sur ceux des chefs de file de la profession » (65).

#### De même elle reconnaît en 1968

« qu'il est dans la logique de l'économie de marché que les prix de catalogue « banalisés » tendent, par ajustements successifs des firmes concurrentes, à devenir identiques » (66).

189. — En 1972, au contraire, la position adoptée est radicale : la Commission estime que le parallélisme des comportements en matière de prix révèle toujours une concertation des entreprises. Elle affirme ainsi que

« l'évolution identique et simultanée des barèmes individuels et des remises suffit à établir l'existence d'une entente sur les prix » (67).

Ce raisonnement, qui peut paraître arbitraire (68), s'explique cependant par le fait que l'objet de la preuve, la concertation, est une intention toujours plus difficile à établir qu'un fait matériel. En décidant que le parallélisme des comportements en matière de prix est suffisamment révélateur de la concertation, la Commission résout un problème de preuve qui, autrement, serait insurmontable, étend la qualification d'entente et, par voie de conséquence, les possibilités de répression des comportements répréhensibles. Or, les ententes sur les prix sont parmi les plus nocives et il importe d'en faciliter la preuve.

#### 2° FORCE PROBANTE RELATIVE DE LA PRESOMPTION DE CONCERTATION TIRÉE DU PARALLÉLISME DES COMPORTEMENTS EN MATIÈRE DE PRIX

190. — La Commission a décidé en 1972 que la similitude des comportements en matière de prix permettait de présumer la concer-

(65) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.

(66) Rapport pour 1968, p. 483.

(67) Avis « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972.

(68) J.-B. BLAISE (op. cit., n° 99) estime que le parallélisme des comportements ne saurait permettre, à lui seul, de constater l'existence d'une action concertée.

tation des entreprises. Consciente, toutefois, du fait que le parallélisme des actions dans ce domaine peut avoir d'autres causes que l'entente, elle ne reconnaît à la présomption qu'une force probante relative en la soumettant à certaines conditions et en admettant que les entreprises puissent faire la preuve contraire.

a) *Conditions de la force probante de la présomption de concertation sur les prix :*

191. — Aussitôt après avoir posé en principe que l'évolution identique et simultanée des barèmes et des remises suffit à établir l'existence d'une entente sur les prix, la Commission a nuancé cette affirmation en subordonnant ce raisonnement à la présence de deux conditions (69) : d'une part, il doit s'agir d'une évolution des prix en hausse; d'autre part, la concordance des comportements n'est significative qu'en période de liberté des prix.

192. — *Première condition relative au sens de l'évolution des prix :* l'exigence d'une évolution des prix en hausse s'explique par le fait qu'une évolution en baisse est plus difficile à interpréter. Elle peut s'expliquer, entre autre, par l'intensité de la concurrence. Lors de l'affaire de la « Semoulerie » (70), par exemple, les entreprises ayant perdu les débouchés offerts par leurs clients les plus importants à la suite d'opérations de concentration, ont ainsi été conduites à s'aligner, parfois rétroactivement, sur les prix les plus bas. A l'égard de leurs clients moins importants, leur attitude était cependant différente.

Une évolution des prix en hausse, identique et simultanée chez toutes les entreprises, rend au contraire très vraisemblable la concertation.

193. — *Deuxième condition relative à la liberté des prix :* l'identité et la simultanéité des hausses doivent être constatées en période de liberté des prix; dans le cas contraire, cet indice revêt, aux termes du rapport pour 1972, une « moins grande signification ».

Cette position, dont on relève les prémices dans des avis antérieurs (71), s'explique par le fait que la réglementation des prix est, en

---

(69) Rapport pour 1972, p. 25.

(70) 2ème Avis « Semoulerie », du 30 sept. 1966.

(71) Avis « Fabricants d'explosifs industriels », du 27 mai 1966 : l'avis relevait que les pratiques faisant soupçonner l'existence d'une entente sur les prix avaient été suivies « même en période de liberté des prix ».

elle-même, un facteur de hausse (72). La Commission a, en effet, constaté que

« lorsque la réglementation comporte la fixation de prix maxima — ce qui suppose en principe que le libre jeu de l'offre et de la demande conduirait à des prix notablement plus élevés — cette situation incite les entreprises à utiliser au maximum les marges d'augmentation autorisées par l'administration ».

En période de liberté des prix, en revanche, les pratiques suivies par les entreprises relèvent de leur seule initiative : dans ce cas elles établissent avec une force probante suffisante la réalité de la concertation sur les prix.

b) *Admissibilité de la preuve contraire par les entreprises :*

194. — La présomption de concertation tirée de la similitude des comportements en matière de prix n'a qu'une force probante relative ; les entreprises doivent donc pouvoir la combattre. La Commission l'a implicitement admis en ne se refusant pas à l'examen du bien-fondé des justifications proposées (73). Elle se montre, cependant, très exigeante.

La force probante de la présomption d'entente sur les prix étant subordonnée à la double condition de la liberté des prix et d'une évolution en hausse, les entreprises ont tenté de la faire tomber soit en invoquant l'existence d'une réglementation des prix, soit en essayant de démontrer qu'une évolution en hausse peut être le signe d'une situation concurrentielle.

195. — *Argument tiré de la réglementation des prix :* l'argument tiré de l'existence d'une réglementation des prix à laquelle étaient soumises les entreprises a été invoqué en 1973 par les deux ententes « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence » déjà examinées par la Commission en 1965 (74). Pour combattre la présomption de concertation, tirée de la similitude des comportements en matière de prix, les entreprises prétendaient que la réglementation à laquelle

---

(72) La fixation administrative des prix a pour effet une rigidité contraire aux intentions de l'administration ; elle a, en elle-même, un effet nocif en faisant du maximum autorisé un prix de référence dont le caractère officiel diminue la volonté et la faculté de discussion de l'acheteur ; le fait que le prix soit un maximum ne fait donc pas jouer la concurrence à la baisse comme l'administration le souhaiterait. Le Conseil économique et social relève d'ailleurs d'autres effets anticoncurrentiels et conclut qu'en dehors des cas où la concurrence est réduite par la pénurie, les moyens mobilisés par le contrôle des prix seraient plus utilement employés dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (Conseil économique et social, La réglementation de la concurrence, des ententes et des positions dominantes en France et dans la C.E.E. élargie, séance du 28 mai 1974, avis précité, p. 1099).

- (73) Rapport pour 1973, p. 2604.

(74) Avis « Carreaux de grès », des 23 janv. 1965 et 21 sept. 1973 ; « Carreaux de faïence », des 20 mars 1965 et 21 sept. 1973.



elles avaient été soumises pendant trente ans les avaient empêchées de répercuter intégralement les augmentations de coûts de production ; aussi, dès qu'une hausse était autorisée, les entreprises étaient incitées à en profiter au maximum sans que l'on puisse affirmer qu'elles s'étaient concertées.

Ce raisonnement semble logique : puisque l'existence de la concertation sur les prix s'induit de la similitude des comportements en période de liberté des prix, il devrait suffire de prouver l'existence d'une réglementation pour faire tomber la présomption. La Commission ne rejette pas totalement cette argumentation mais elle estime que la réglementation invoquée devrait avoir entraîné

« une limitation des prix à ce point sévère qu'elle ait compromis la rentabilité et l'expansion des entreprises les mieux placées, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ».

La Commission a relevé, au demeurant, que le secteur en question avait connu pendant la durée des pratiques toute la gamme du régime des prix, du blocage à la liberté totale, ce qui otait beaucoup de portée à l'argument invoqué.

196. — *Arguments tirés de l'existence d'une situation concurrentielle* : les entreprises invoquent parfois, pour faire tomber la présomption de concertation, l'argument selon lequel l'évolution identique et simultanée des prix en hausse ne résulte pas d'un accord mais constitue, au contraire, « l'expression d'une vive concurrence ». La similitude des prix s'expliquerait par la similitude des produits, des prix de revient ou des conditions de production.

197. — *Justification de la similitude des prix par la similitude des produits* : la justification tirée de la similitude des produits a été invoquée à plusieurs reprises devant la Commission, non seulement par les ententes « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence » (75), mais aussi en 1968 lors du premier examen de l'affaire « Verre creux mécanique » (76), et en 1973 par l'entente « Tubes en P.V.C. » (77).

Le raisonnement des entreprises est le suivant : lorsque les produits sont semblables et ne présentent aucune différence aux yeux de la clientèle, ils ne peuvent être durablement offerts à des prix différents car cette clientèle amène précisément les producteurs à s'aligner sur celui qui pratique les prix les plus bas. Ce serait ainsi la « dynamique de la concurrence » qui engendre l'uniformité des tarifs et non la concertation.

La Commission ne dénie pas toute portée à ce raisonnement et avait admis en 1968 que l'identité des prix constitue, dans ce cas, la situation d'équilibre. Aussi reconnaissait-elle, lors de l'affaire « Verre

---

(75) 2ème avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973.

(76) 1er avis « Verre creux mécanique », du 22 avr. 1968.

(77) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle rigide », du 17 oct. 1973.

creux», que la nature de la production (articles standardisés vendus sur catalogue, pour lesquels il n'est guère concevable que les acheteurs acceptent de payer un prix différent selon les producteurs) et la structure du marché constituaient des contraintes économiques qui

« tendent inéluctablement à imposer une certaine identité des prix pratiqués ».

L'argument tiré de la fongibilité des produits n'est donc pas dénué de sens. La Commission estime, cependant, que l'identité des prix, lorsqu'elle résulte effectivement d'une situation de concurrence, ne peut s'établir qu'à la suite de toute une série d'ajustements successifs : une entreprise, soit la mieux placée, soit celle qui recherche une forte expansion de son chiffre d'affaires, baisse ses prix ; les concurrents se voient contraints de s'aligner, à moins qu'ils ne soient conduits à se retirer d'une partie du marché ou à disparaître.

Il résulte de cette analyse que

« l'identité des prix n'est pas une conséquence immédiate et permanente de celle des produits mais se réalise à travers des disparités conjoncturelles et des modifications de structures qui révèlent l'existence d'une concurrence » (78).

La justification de l'identité des prix par l'identité des produits n'est donc pas rejetée dans son principe mais ne peut être retenue que lorsqu'elle exprime une concurrence réelle ; les avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence » rendus en 1973 donnent des précisions sur ce point : on admettra la réalité de la concurrence si l'on constate des initiatives particulières conduisant à des alignements de prix non simultanés et se produisant dans le sens de la baisse ou de la moindre hausse. La présomption d'entente sera, au contraire, très forte lorsqu'on ne remarque « aucune aptitude particulière des entreprises les mieux placées à vouloir développer leurs ventes au détriment des autres » et qu'on relève, de surcroît, des « hausses de prix toujours concomitantes et toujours de même taux ».

Cette jurisprudence est confirmée par le deuxième avis « Verre creux » (79) rendu en 1976.

198. — Justification de la similitude des prix par la similitude des prix de revient : la justification de l'identité des prix de vente par l'identité des prix de revient avait également été invoquée par les ententes « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence ». La Commission

---

(78) Rapport pour 1973, p. 2604.

(79) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976 : l'avis souligne que dans le cas où la concurrence s'exerce librement sur un marché, la pression des acheteurs peut obliger les producteurs à s'aligner sur les prix les plus bas pratiqués par l'un d'eux mais cet ajustement n'est ni permanent ni instantané, et des différences de prix subsistent pendant une période plus ou moins longue selon la réaction des acheteurs ; une identité et une simultanéité constantes des hausses suffisent donc à prouver l'entente sur les prix.

relève, pour commencer, que ni la similitude des prix de revient ni la permanence de cette similitude n'étaient établies par les intéressés, mais que, quand bien même elles l'auraient été, cela

« n'impliquerait pas une identité permanente des prix de vente, la concurrence pouvant jouer, au moins par intervalles, sur les marges bénéficiaires » (80).

Cette justification ne pourrait donc être retenue que si l'on constatait, comme dans le cas précédent, des disparités conjoncturelles des prix de vente.

199. — Justification de la similitude des prix par la similitude des conditions de production : la justification de l'identité des prix par l'identité des conditions de production a été invoquée pour la première fois par les entreprises de l'entente « Industrie du plâtre » (81). A cette occasion la Commission a admis que

« cette circonstance est sans doute un facteur de rapprochement des coûts en longue période mais elle ne permet pas d'aboutir à un tel résultat à un moment déterminé, du fait notamment que les investissements sont décidés et réalisés par les entreprises à des dates et à des conditions différentes » (82).

Il en résulte, selon l'avis, des différences de prix de revient qui permettent les différences de prix de vente ; lorsque les prix pratiqués demeurent malgré tout identiques, cette identité ne peut s'expliquer que par une entente (83).

200. — La présomption de concertation tirée de la similitude des comportements en matière de prix sera, en fait, très difficilement combattue par les entreprises, bien que la preuve contraire soit admise dans son principe. La présomption d'entente sur les prix a ainsi une valeur probante particulièrement forte.



201. — De l'analyse qui vient d'être faite se dégagent deux conclusions principales :

#### *Eléments caractérisants de l'entente*

— la qualification d'entente ne dépend ni de la nature juridique des participants, ni des secteurs économiques concernés par le phéno-

(80) Rapport pour 1973, p. 2604.

(81) Avis « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972.

(82) Rapport pour 1972, p. 25.

(83) Cf. également l'avis « Production et distribution des appareils d'eau chaude par le gaz », du 30 sept. 1977.

mène, ni de la nature des fonctions économiques organisées en commun, ni de la forme par laquelle s'exprime l'accord des membres, ni des territoires qu'elle couvre;

— la qualification d'entente révèle quelques traits communs : une pluralité de participants et leur « concertation » en vue d'organiser collectivement au moins une fonction économique des entreprises concernées. Les entrepreneurs font ainsi abandon d'une partie de leur pouvoir autonome de décision et se plient volontairement, pour une durée variable, à une discipline collective de comportement sur le marché.

*Critère commun jouant dans tous les cas : le contrôle du marché*

L'adoption d'une politique collective de comportement, commune à toutes les ententes, constitue l'instrument de contrôle du marché critère de qualification de l'entente. Dès 1956, en effet, la Commission affirmait dans son rapport que

« la caractéristique, le signe essentiel de l'entente est le contrôle exercé sur les conditions de production et de distribution des produits couverts par l'entente » (84).

L'importance du critère du contrôle du marché a été mise en évidence par M. le professeur Blaise (85); il fait observer que la notion de concurrence postule l'indépendance sur le marché des différentes firmes. Toute limitation à cette indépendance serait donc caractéristique d'une entente. La Commission, faisant référence à une conception abstraite de la concurrence, dispose d'un critère précis pour constater l'existence d'une entente dans la mesure où cette existence n'est pas liée à un fait, la situation régnant dans l'ensemble de la branche, mais à un concept abstrait, l'indépendance d'une entreprise. Par application de ce critère, on doit admettre qu'une « entente » existe dès lors que plusieurs entreprises regroupent leurs forces, quelle que soit la technique adoptée (86), pour exercer sur le marché un contrôle plus étendu que celui qu'exerçait auparavant chaque entreprise isolément.

On observera, en outre, qu'à partir de 1974 (87), la Commission a été amenée à opérer une dissociation entre les différentes conditions d'application du texte incriminateur et à mettre en évidence la spécificité de la notion d'entente. L'« entente » visée à l'article 59 bis n'est pas, *ipso facto*, condamnable au regard de ce texte dans la mesure où

---

(84) Rapport pour 1956, p. 17.

(85) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 177 et s.

(86) Il s'agit bien d'un regroupement des forces qui résultera parfois d'un regroupement des entreprises au sein d'une structure juridique autonome mais peut intervenir par les moyens les plus variés, en dehors des techniques juridiques classiques et même par la simple action concertée.

(87) Avis « Fiorio » des 21 juin et 8 nov. 1974 : Rapport pour 1974, p. 1207.



elle n'est pas automatiquement génératrice d'entrave à la concurrence; conclue « en vue de parvenir à une planification privée de tout ou partie d'un marché donné » (88), elle peut déboucher soit sur une restriction (89) soit sur un accroissement de la compétition. Il y aura « entente » au sens de l'article 59 bis chaque fois que l'on pourra constater ce regroupement des forces en vue d'influer sur le jeu de la concurrence.

Au total, l'« entente » pourrait se définir comme étant *« l'accord par lequel deux ou plusieurs entrepreneurs, exerçant une activité dans un quelconque secteur économique sur une partie au moins du territoire français, substituent, volontairement et pour une durée variable, à leur indépendance de décision une discipline collective de comportement relative à tout ou partie des fonctions économiques de l'entreprise »*.

---

(88) Ph. LAURENT, L'entente, une catégorie juridique ambivalente, D. 1977. Chr. 307.

(89) Infra, n° 206 et s. ; n° 221.

## TITRE II

---

### DEUXIEME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 bis DEVENU L'ARTICLE 50

## Existence d'une entrave à la concurrence

202. — L'entrave à la concurrence constitue la deuxième condition d'application de l'article 59 bis qui condamne les ententes ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* ».

Définir l'entrave à la concurrence suppose que soit précisée, au préalable, la notion même de concurrence à laquelle se réfère le texte et, partant, la Commission. Or, il s'agit d'une notion imprécise. Situation de fait, considérée par le législateur français comme le meilleur moyen, en principe, de réaliser le progrès économique par une meilleure allocation des ressources de la collectivité, la concurrence est érigée au rang d'un idéal à atteindre. Dès lors, cependant, que l'on fait de la préservation de la concurrence un principe juridique, les difficultés surgissent. La loi française ne donne pas, en effet, de définition précise de la concurrence, laissant le soin aux organismes chargés de veiller au respect du droit de la concurrence d'apprécier chaque situation. Sièges de la matière, l'article 59 bis devenu l'article 50 contient, toutefois, des indications relatives à l'entrave à la concurrence. La question est de savoir si ces éléments permettent, *a contrario*, de proposer une définition.

203. — Si l'on s'en tient au texte, dans cette recherche d'une définition de la notion de concurrence, on constate que la conception du législateur a évolué au cours des années.

Dans sa rédaction initiale l'article 59 bis ne prohibait que les entraves réalisées « en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant la hausse artificielle des prix ». L'effet nocif des pratiques sur les prix constituait donc le critère unique d'incrimination, laissant supposer que, dans l'esprit du législateur, la concurrence était totalement assimilable à l'idée de compétition par les prix. Invitée à juger de l'entrave en fonction de la seule influence sur les prix, la Commission insistait donc dans tous les avis antérieurs

à 1967 sur cet élément. Cette mention apparaît cependant parfois comme une clause de style et d'autres griefs se manifestent : éviction des dissidents, entrave étendue au niveau de la distribution, dirigisme économique par exemple.

Cet élargissement de la conception de la concurrence a été consacré par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 qui, d'une part, étend le champ d'application de la réglementation des ententes (1) et, d'autre part, étend et assouplit les conditions d'application de l'article 59 bis en prévoyant plusieurs critères d'incrimination. L'entrave à la concurrence peut ainsi résulter, *notamment*, de pratiques — faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente;

— favorisant la hausse ou la baisse artificielle des prix;

— entravant le progrès technique;

— limitant l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises.

L'effet néfaste sur les prix est toujours considéré mais outre qu'il s'applique aujourd'hui aux prix de revente et aux cas de baisse artificielle, il n'est plus que l'un des modes possibles de l'entrave.

204. — L'article 59 bis nous donne, donc, une image « en négatif » de la concurrence : on peut induire, *a contrario*, que la concurrence voulue par le législateur suppose une compétition entre les entreprises en matière de prix, dans le respect de la loyauté commerciale; cela implique également que des entreprises ne profitent pas de la force née de leur union pour imposer des limitations à des entreprises situées à un autre niveau du processus économique et que leur activité concoure au progrès technique et économique. Cependant la liste de l'article 59 bis n'étant pas limitative, cette image reste floue. On conviendra que les éléments du texte sont insuffisants pour parvenir à une définition satisfaisante de la concurrence que le législateur érige au rang d'idéal et, partant, de l'entrave susceptible d'être incriminée.

205. — Devant les insuffisances, sinon l'absence, de la définition légale de la concurrence, certains auteurs se sont employés à déterminer avec plus de précision la notion de concurrence qui doit servir de référence dans l'application de la réglementation. Deux conceptions s'opposent (2). En vertu de la première, la concurrence s'appréciant *in concreto*, la qualification d'entrave à la concurrence dépend d'un certain nombre de faits concrets impossibles à déterminer *a priori* (3). La seconde considère la concurrence comme une notion abstraite; elle

(1) Rapport pour 1967, p. 320 et s.

(2) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 177 et s.

(3) La concurrence est, dans ce cas, appréciée par rapport à un « modèle » comprenant, dans chaque secteur de l'activité économique, un certain nombre d'entreprises représentant une part variable du marché ; toute restriction de l'indépendance des firmes par rapport à certaines autres ne met pas en péril la concurrence et l'entrave doit s'apprécier *in concreto* par référence au modèle établi.

postule que « toute restriction de l'indépendance des firmes est... considérée comme freinant, par définition, la mise en œuvre de la concurrence » (4) : en d'autres termes, il y a entrave à la concurrence du seul fait qu'il existe une entente.

206. — Les avis rendus par la Commission au cours des vingt premières années semblent confirmer cette analyse et retenir la qualification d'entrave à la concurrence dès lors qu'est établie la constitution d'une entente (5).

Le rapport pour 1974 conduit, cependant à s'interroger davantage puisqu'il dissocie, pour la première fois, les notions d'entrave à la concurrence et d'entente en déclarant que

« si l'entente, loin de restreindre la concurrence, a pour effet et pour objet de contribuer à l'accroître, l'un des éléments de l'infraction définie à l'article 59 bis fait défaut, et l'entente doit être considérée comme licite au regard de l'article 59 bis sans qu'il soit besoin de rechercher si elle remplit les conditions exigées par l'article 59 ter » (6).

Cela revient à admettre qu'une entente peut favoriser la concurrence et que l'entrave doit s'apprécier en raison d'éléments autres que la seule restriction de l'indépendance des firmes les unes par rapport aux autres.

Le problème se pose, alors, avec plus d'acuité encore : est-ce à dire que la Commission s'oriente vers une conception concrète de la concurrence, définissant l'entrave, et l'infraction, au « coup par coup » au mépris de la sécurité juridique indispensable ? Existe-t-il une raison à cette nouvelle orientation ? Telles sont les questions auxquelles nous nous proposons de répondre. Nous orienterons cette recherche à partir d'une définition très lâche de la concurrence conçue comme une compétition entre un certain nombre de compétiteurs sur un certain marché. Il apparaît à l'évidence que deux types d'actions seront susceptibles d'influer, de façon *a priori* négative, sur le jeu concurrentiel : d'une part, celles qui tendent à limiter le nombre des compétiteurs (sous-titre 1) et, d'autre part, celles qui limitent leur liberté d'action (sous-titre 2).

---

(4) Cette deuxième conception ne prend pas comme élément de référence la situation d'ensemble du secteur mais la position de chaque entreprise au sein de cet ensemble ; une pratique sera considérée comme une entrave à la concurrence du seul fait qu'elle est mise en œuvre à la suite d'un accord qui, par limitation réciproque de leur indépendance, permet aux entreprises d'exercer sur le marché un contrôle plus étendu que celui qu'exerçait auparavant chaque entreprise isolément ; cette qualification *in abstracto* ne tient pas compte des circonstances de fait telles que la taille ou la puissance de l'entente sur le marché.

(5) A la suite de M. Blaise, certains auteurs ont admis que la Commission se réfère, au stade de l'incrimination, à une concurrence abstraite, les éléments de fait étant pris en considération au stade de l'examen des justifications ou de l'appréciation des suites à donner, cf. X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, *Le droit français de la concurrence*, op. cit., p. 76 et s.

(6) Rapport pour 1974, p. 1207.





## **SOUS-TITRE I**

---

### **ENTRAVE A LA CONCURRENCE PAR LIMITATION DU NOMBRE DES COMPETITEURS**

207. — L'un des critères d'appréciation du caractère concurrentiel des marchés retenus par les économistes est celui de la structure des marchés, essentiellement représentée par le nombre de ceux qui y participent et la capacité de chacun d'eux à y participer réellement. Par suite, une action anticoncurrentielle peut consister à agir sur la structure du marché du point de vue du nombre des compétiteurs. La Commission s'est effectivement trouvée en présence d'actions de cette nature : les unes, directes, tendent à réduire le nombre des compétiteurs présents sur le marché (chapitre I), les autres, indirectes, consistent à instituer des barrières à l'entrée des compétiteurs éventuels (chapitre 2).

## CHAPITRE I

### LIMITATION PAR REDUCTION DES COMPETITEURS PRESENTS

208. — La limitation du nombre des intervenants sur le marché peut se réaliser par la réduction du nombre des compétiteurs présents. L'examen des affaires soumises à l'appréciation de la Commission permet de distinguer deux sortes de situations. D'une part, les entreprises en entente peuvent estimer qu'elles sont trop nombreuses sur un marché déterminé compte tenu d'un ensemble de circonstances de fait : réduction de la demande, excédent de potentiel de production, situation plus favorable d'une entreprise par rapport aux autres, etc... D'un commun accord, elles décident donc de réduire à l'intérieur même de l'entente le nombre des concurrents. D'autre part, les participants à une entente peuvent vouloir exclure du marché une entreprise qui ne fait pas partie de leur groupement. La réduction n'est plus volontaire comme dans la première hypothèse (section 1) mais forcée (section 2).

#### SECTION I

#### REDUCTION VOLONTAIRE DES COMPETITEURS MEMBRES DE L'ENTENTE

209. — Les pratiques par lesquelles les membres de l'entente se mettent d'accord pour réduire leur nombre sur le marché sont de deux ordres. En premier lieu, la réduction peut s'opérer par le retrait volontaire du marché de certaines entreprises (§ 1), en second lieu par leur regroupement (§ 2). Il convient d'examiner successivement ces pratiques afin de savoir si elles tombent sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis.

## § 1. — Réduction par retrait des compétiteurs

210. — La réduction par retrait des compétiteurs revêt deux formes. La plus contraignante est celle du retrait définitif de certaines entreprises du marché. C'est aussi la plus rare, et, dans la majorité des cas, le retrait est seulement temporaire et ponctuel.

### A. — RETRAIT DÉFINITIF DE CERTAINS COMPÉTITEURS

211. — La réduction par retrait volontaire définitif (1) de certaines entreprises se rencontre lorsque les membres de l'entente se trouvent dans la nécessité d'éliminer certaines d'entre elles du marché. L'hypothèse est assez rare. Il existe cependant un avis relatif à une telle pratique.

212. — Le cas est illustré par l'affaire « Réparateurs de matériel ferroviaire » (2). Cette entente est née d'une situation particulièrement difficile. La capacité de production était, en effet, devenue largement excédentaire au fur et à mesure que le parc français, considérablement réduit pendant la guerre, était remis en état. Le nombre des entreprises travaillant pour la S.N.C.F. ainsi que leur capacité de production excédaient considérablement les besoins. L'avis relève que trois éventualités ont alors été envisagées : soit l'élimination d'un certain nombre d'entreprises par le jeu de la concurrence et par la voie d'un effondrement temporaire des prix susceptible d'être suivi d'une réaction en sens opposé, soit la réduction du volume d'activité de toutes les entreprises, proportionnelle à la réduction du volume global des commandes entraînant une hausse des prix de revient, soit l'élimination d'un certain nombre d'entreprises des travaux de cette nature.

Le syndicat professionnel, sur accord de la très grande majorité de ses adhérents, opta pour la dernière solution. La désignation des entreprises devant renoncer à la clientèle de la S.N.C.F. devait être faite par une personnalité extérieure à l'entente, en fonction de critères de productivité, et soumise à l'approbation de la S.N.C.F.

L'avis a relevé que la S.N.C.F. étant demeurée libre de choisir ses contractants, les propositions faites étaient donc conformes à son intérêt. Il en résultait que les effets habituels des ententes visées par l'article 59 bis ne se rencontraient pas en l'espèce, l'unique client ne subissant aucun préjudice. Cette mesure était d'ailleurs conforme à l'intérêt de l'économie nationale puisqu'elle contribuait

---

(1) La formule « retrait volontaire » correspond à la situation au moment de l'accord d'entente ; au moment de l'exécution, en revanche, les entreprises dont l'élimination a été décidée ne sont généralement plus consentantes ainsi que l'illustre l'affaire « Réparateurs de matériel ferroviaire » (avis du 21 nov. 1958).

(2) Avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », précité.



à la rationalisation des structures professionnelles (3). La Commission a, cependant, estimé que cette pratique tombait sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence :

« la situation décrite s'analyse en une entente réalisée entre des fournisseurs, dans leur intérêt professionnel, et avait sans conteste pour but de limiter la concurrence et d'éviter une baisse des prix de vente ; ainsi l'article 59 bis est applicable en l'espèce ».

Il est particulièrement intéressant de relever que la condamnation est partiellement liée au caractère « officieux » des propositions dont l'avis précise qu'elles n'avaient « à aucun degré le caractère juridique d'une sentence arbitrale ». La Commission en a conclu à l'existence d'une concertation prohibée par l'article 59 bis (4).

## B. — RETRAIT TEMPORAIRE ET PONCTUEL DE CERTAINS COMPETITEURS

213. — La réduction du nombre des compétiteurs intervient dans la grande majorité des cas par un retrait temporaire de certaines entreprises. L'exemple le plus typique est celui des pratiques par lesquelles s'opère la répartition des marchés publics entre les membres d'une entente. Une seule entreprise emportera le marché tandis que les autres s'accordent pour y renoncer, en laissant croire, cependant, qu'elles participent à la compétition. Deux types de situations peuvent se présenter. L'entente peut, tout d'abord, se constituer spécialement à l'occasion d'un marché public important ; elle sera ponctuelle, ses membres se séparant à l'issue de l'opération (5). Elle peut, ensuite, fonctionner par l'attribution d'un tour de rôle : le retrait de la compétition par les entreprises non attributaires du marché n'est pas définitif et, à l'occasion d'un nouvel appel d'offres, le marché sera attribué à l'une des entreprises s'étant abstenue auparavant. Pareille entente est permanente et couvre tout le marché des travaux publics. La pratique des « tours de rôle » a été condamnée par le deuxième avis relatif à la distribution des produits pétroliers (6). La chambre syndicale de la distribution des produits pétroliers et le comité professionnel du pétrole avaient conseillé à leurs adhérents une procédure de « tour de rôle » pour la livraison des nouveaux clients administratifs ou autres. L'avis condamne cette pratique sans hésiter : « en tant qu'elle porte atteinte à la concurrence (elle) est de la nature de celles que prohibe l'article 59 bis ».

(3) Cf. cependant l'arrêt rendu à propos de cette affaire par la Cour de Paris le 1<sup>er</sup> nov. 1959, J.C.P. 1960. II. 11488, note R. PLAISANT.

(4) Rapport pour 1958 et 1959, p. 305 ; cette entente représente cependant en fonction de ses effets le type même de celle pouvant bénéficier des dispositions de l'article 59 ter (infra, n° 375).

(5) Cf. l'avis relatif à l'affaire « Université de Toulouse-Mirail », du 16 déc. 1973.

(6) 2<sup>ème</sup> avis « Distribution des produits pétroliers », du 21 mai 1976.

Il s'agit, en effet, d'une répartition pure et simple du marché. Or, la Commission est hostile à ces pratiques ainsi que nous le constaterons en examinant la qualification des différentes offres non sincères répondant à un appel d'offres : offres de « couverture » et « de principe ».

1°) OFFRES OU SOUMISSIONS DE « COUVERTURE » OU DE « COMPLAISANCE » :

214.— Les offres de couverture ou de complaisance sont souvent le fait d'ententes occultes, contestées par leurs auteurs. La pratique consiste à fixer un prix unique de soumission pour toutes les entreprises qui participent à un appel d'offres et à désigner celle qui se portera soumissionnaire au prix ainsi défini ; cela implique que les autres formuleront des offres non sincères, puisqu'elles ont l'intention de ne pas emporter le marché, à des prix supérieurs.

La Commission a condamné ces pratiques en retenant, en premier lieu, leur effet néfaste sur les prix. Elle relève ainsi que

« la désignation par la profession des entreprises dites « les plus qualifiées » pour l'exécution des travaux ne pourrait pas porter ses fruits si les entreprises « non désignées » formulaient, en réponse aux appels d'offres, des propositions de prix inférieures à celles des entreprises « désignées » ; que dès lors un accord intervient entre les entreprises sur le niveau des prix dont les entreprises désignées devront faire état ; que cet accord implique l'obligation pour les entreprises « non désignées » soit de s'abstenir de répondre aux appels d'offres soit de proposer des prix supérieurs » (7).

215. — L'effet néfaste sur les prix n'est cependant pas le seul grief retenu à l'encontre de ces pratiques. Elles ont également pour effet de porter atteinte au libre choix du fournisseur par le client en substituant le choix des fournisseurs à celui du client public. Mais les « offres de couverture » ou « de complaisance » sont surtout critiquables dans la mesure où leurs auteurs ont délibérément l'intention d'entraver la concurrence. L'avis relatif à l'affaire « Travaux d'étanchéité » (8) les présente ainsi comme « une manœuvre tendant à laisser croire aux clients publics qu'il existe une concurrence effective », formule reprise presque dans les mêmes termes à propos de l'affaire « Toulouse-Mirail » :

« cette pratique vise à induire en erreur quant à la réalité et à l'étendue de la concurrence entre les candidats, les responsables de la procédure et de la décision d'attribution du marché ; elle fausse ainsi le jeu de la concurrence » (9).

La Commission emploie même le terme de « simulacre », dans son rapport pour 1973, à propos de cette affaire (10). Il est clair

(7) Avis « Installateurs de lignes électriques à haute tension », du 19 févr. 1966.

(8) Avis « Travaux d'étanchéité », du 8 juil. 1966.

(9) Avis « Toulouse-Mirail », du 16 déc. 1973.

(10) Rapport pour 1973, p. 2604.

que de telles pratiques sont d'autant plus graves qu'elles témoignent d'une intention délibérée de transgresser non seulement la loi relative à la liberté de la concurrence (11), mais aussi les lois relatives aux règles de passation des marchés publics, ce qui constitue une circonstance aggravante et justifie une sévérité accrue (12).

Il est intéressant de remarquer que pour condamner ces pratiques délibérément anticoncurrentielles, la Commission emploie (à propos de l'affaire Toulouse-Mirail) le terme de « concurrence faussée ». Mais il semble hasardeux de vouloir en tirer des conclusions car un examen minutieux des avis démontre qu'elle utilise indifféremment, semble-t-il, les termes « entraver », « limiter », « restreindre » la concurrence lorsqu'elle a à examiner des pratiques de ce type.

216.— On remarquera que, conformément aux principes qu'elle a posés, la Commission analyse la concurrence de façon abstraite en ce qui concerne l'existence de l'infraction, ce qui la conduit à rejeter, à ce stade de l'analyse, les arguments relatifs à la faible efficacité des actions anticoncurrentielles ou au caractère peu contraignant de la concertation (13). C'est ainsi qu'il importe peu que les pratiques suivies par l'entente « Toulouse-Mirail » aient été sans effet, le préjudice (14) n'ayant été évité que grâce à l'intervention de l'administration.

De même, on ne saurait retenir l'argumentation d'entreprises, dont l'instruction a démontré qu'elles se répartissaient systématiquement les marchés avant les appels d'offres de l'E.D.F. ou des collectivités locales, selon laquelle cette répartition concertée des lots donnait lieu à « des discussions dont l'effet serait équivalent à l'exercice normal de la concurrence ». La Commission relève, à juste titre, que de telles pratiques incitent au soupçon et que, dans l'hypothèse où les entreprises diraient vrai et où la concurrence serait réintroduite au sein même de la concertation, celle-ci n'a plus aucune utilité pour ceux qui s'y livrent (15).

## 2°) OFFRES DE PRINCIPE :

217.— La Commission a été appelée à se prononcer sur la licéité, au regard de l'article 59 bis, des « offres de principe » ; cette pratique diffère de celle des offres de couverture dans la mesure où elle n'a pas pour objet de « couvrir » l'entreprise que les adhérents entendent voir emporter le marché, mais émane d'entreprises non intéressées par l'exécution des travaux. Le premier avis rendu à ce

(11) Rapport pour 1973, p. 2606.

(12) Rapport pour 1969, p. 119.

(13) Rapport pour 1973, p. 2605 ; infra, n° 421 et s.

(14) Préjudice considérable qui se serait traduit par un supplément de prix de 40 %.

(15) Avis « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973.

propos était celui, peu explicite, relatif à l'affaire des canalisations d'eau (16). C'est seulement en 1972 que la Commission a clairement affirmé sa position. Le rapport (17) distingue deux situations selon que les offres de principe ont été concertées ou présentées isolément, comme de simples « cartes de visite », par telle ou telle entreprise.

218. — La condamnation des offres de principe concertées ne fait aucun doute :

« à la différence de l'offre « de couverture », qui apparaît comme une concertation active permettant de substituer le choix des fournisseurs à celui du client public, la soumission de principe concertée est un refus de s'engager dans une concurrence à l'égard de celui des soumissionnaires qui semble le mieux placé ».

La Commission oppose donc à la concertation active, qui se traduit par des offres de complaisance, la concertation passive résultant des offres de principe concertées ; le refus de la concurrence est, aussi, une atteinte à la concurrence émanant d'une entente et, donc, est illicite au regard de la loi :

« dans un cas comme dans l'autre une concertation expresse ou tacite a eu lieu et a... faussé ou supprimé le jeu de la concurrence ».

Il est intéressant de noter que, pour condamner la pratique des offres de principe concertées, la Commission a recours au même critère d'incrimination que pour les offres de couverture ; ce qui est éminemment contestable, dans les deux hypothèses, c'est l'intention de tromper la clientèle. En effet :

« Les offres de principe », émanant de soumissionnaires, qui, en réalité, acceptent que le marché revienne à une entreprise bénéficiant d'une prépondérance... ne sont déposées que par l'effet d'une manœuvre visant à donner les apparences d'une concurrence effective » (18).

Ces deux types de pratiques, qui encourent les mêmes reproches, sont illicites au même titre. Il importe peu que la concertation ne soit pas expresse dans le cas des offres de principe concertées (19).

219. — La pratique des offres de principe non concertées est « très répandue », selon la Commission. Il s'agit d'offres présentées isolément par des entreprises non désireuses d'obtenir le marché et soucieuses de préserver leurs chances pour des marchés ultérieurs ; la pratique s'expliquerait par la tendance des collectivités publiques

(16) Avis « Canalisations d'eau et d'assainissement », du 4 juil. 1969.

(17) Rapport pour 1972, p. 25.

(18) Avis « Travaux pour la ville d'Alençon », du 22 sept. 1972.

(19) On notera que cette attitude, parfaitement logique et conforme aux exigences du texte, se heurte à des difficultés de preuve de la concertation, (supra, n° 185).



à cesser de consulter les entreprises n'ayant pas soumissionné à certains marchés alors même qu'elles se seraient excusées par écrit.

La Commission estime que ces sortes de « cartes de visite » que déposent les entrepreneurs sans s'être consultés

« faussent les règles des marchés publics... en donnant à la collectivité ou à l'entreprise publique l'illusion d'avoir fait jouer la concurrence ».

Bien que ces pratiques constituent des entraves à la concurrence, elles ne tombent pas sous le coup de l'article 59 bis : ce sont en effet des pratiques individuelles et non collectives. Il en résulte que

*« dans ce cas, à défaut d'une concertation, les dispositions de l'article 59 bis ne peuvent recevoir application » (20).*

C'est donc faute d'entente, et non faute d'entrave, que les entreprises ayant déposé des offres de principe sans s'être concertées ne peuvent se voir appliquer l'article 59 bis, quelque regrettable que puisse être cette pratique sur le jeu de la libre concurrence.

## § 2. — Réduction par regroupement des compétiteurs

220. — Il arrive parfois que les entreprises de l'entente se regroupent en vue de répondre à un appel d'offres. Ce regroupement opère, en principe, une réduction du nombre des compétiteurs en présence. Le problème de savoir si l'on doit tenir pour répréhensible la constitution d'un tel groupement s'est posé et a été tranché à propos de l'affaire « Toulouse-Mirail » (21). La veille de l'appel d'offres, les trois entreprises en entente avaient conclu une convention portant création d'un « groupement d'étude » en vue de répondre à cet appel.

Pour la Commission la constitution d'un tel groupement n'est pas illicite en soi et devrait être encouragée à la condition que ce groupement favorise une concurrence effective. Le groupement doit, pour échapper à la prohibition édictée par l'article 59 bis, respecter les règles de la concurrence. Cela implique, soit que les entreprises associées déposent une soumission unique, soit qu'elles se bornent à réaliser des études techniques communes, chaque entreprise courant ensuite sincèrement sa chance au stade du dépôt de soumission (22).

Au contraire, lorsque les entreprises associées dans le groupement déposent, après concertation, des soumissions à des prix dif-

---

(20) Avis « Travaux d'Alençon », précité. Comp. avis « Equipement du Gard », du 5 mars 1976.

(21) Avis « Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973.

(22) Rapport pour 1973, p. 2604.

férents, elles se livrent par là-même à un « simulacre » sévèrement condamné par la Commission qui souligne, par ailleurs, les graves conséquences que peut entraîner cette pratique lorsque, en dehors des entreprises qui l'adoptent, il n'existe pas de concurrence réelle de la part des autres soumissionnaires.

221. — La jurisprudence de la Commission s'est encore affinée sur ce point en 1974, à propos de l'affaire « Fiorio » (23). L'entente, en l'espèce, était constituée entre une entreprise concédante, la société de licences des procédés Fiorio, et le réseau des concessionnaires exclusifs régionaux de ces procédés, l'une et les autres étant réunis au sein d'un groupement d'intérêt économique, le « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio » (G.E.L.F.). Plusieurs pratiques étaient reprochées au G.E.L.F., notamment le fait que les adhérents s'étaient concertés pour présenter une offre unique sur la base d'un prix uniforme lors d'appels à la concurrence pour la réalisation de programmes nationaux de constructions industrialisées. Pour apprécier la licéité de cette pratique, la Commission s'est livrée, cette fois, à une appréciation de la situation concrète de la concurrence sur le marché ; elle a retenu ainsi plusieurs éléments :

— la nature des marchés à réaliser : il s'agissait de la réalisation de programmes nationaux d'envergure ne pouvant être confiés qu'à des groupes importants. De fait, les réponses à ces appels d'offres émanaient des entreprises parmi les plus puissantes de la profession ; par conséquent, si les membres du G.E.L.F., entreprises de taille moyenne à vocation régionale, pour la plupart, ne s'étaient pas concertés, ils n'auraient pas été en mesure de répondre aux exigences des acheteurs publics ;

— l'effet réel des pratiques : l'avis relève que le groupement des moyens techniques et commerciaux s'est traduit sur le plan des prix et sur celui de la qualité des prestations par une compétitivité réelle.

#### L'avis conclut que

« dans la mesure où l'activité du G.E.L.F. s'est limitée à la recherche des commandes publiques passées exclusivement au niveau national ce groupement a eu pour objet et pour effet de permettre à ses membres d'accéder à ces commandes, en concurrence avec d'autres entreprises de taille nettement plus importante, et a donc contribué non à restreindre la concurrence mais à l'accroître vis-à-vis des tiers ».

La Commission a donc admis que l'union d'entreprises moyennes peut avoir un effet bénéfique lorsqu'elle a pour objet et pour effet de leur permettre de concurrencer des entreprises plus importantes alors que, sans cette mise en commun de leurs moyens, aucune concurrence ne serait envisageable à ce niveau.

(23) Avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

Il restait, cependant, à trancher le problème d'une éventuelle restriction de la concurrence au sein même du groupement. Le G.E.L.F. avait, en effet, formulé une proposition à un prix unique, quelle que soit la localisation des travaux et, par suite, l'entreprise chargée de les exécuter. La Commission a estimé que ceci ne pouvait être retenu à la charge des entreprises car le prix uniforme constituait, d'une part, l'une des conditions mises par les maîtres d'ouvrages à la prise en considération des offres et la probabilité d'une concurrence effective était, d'autre part, très faible entre les membres du groupement pour ces grandes commandes publiques. Selon la Commission il n'y a donc pas eu de restriction illicite de la concurrence entre les membres du groupement.

222. — Il résulte de ces constatations que l'entente ne tombe pas sous le coup de l'article 59 bis puisqu'elle a pour objet et pour effet immédiat d'accroître la concurrence. Il y a donc entente sans entrave. Le rapport pour 1974 insiste sur ce point, très important : on oppose, en effet, traditionnellement les « mauvaises » ententes relevant de l'article 59 bis aux « bonnes ententes », rachetées en vertu de l'article 59 ter (24). Le présent avis, qui constitue, semble-t-il, une « résurgence » d'un avis ancien (25), met en évidence l'existence d'une nouvelle catégorie de « bonne » entente, qui, ne tombant pas sous le coup de l'article 59 bis, n'a même pas à être rachetée par le jeu de l'article 59 ter :

« Si l'entente, loin de restreindre la concurrence, a pour objet et pour effet de contribuer à l'accroître, l'un des éléments de l'infraction définie à l'article 59 bis fait défaut et l'entente doit être considérée comme licite au regard de l'article 59 bis, sans même qu'il soit besoin de rechercher si elle remplit les conditions exigées par l'article 59 ter » (26).

Cela peut paraître paradoxal, ainsi que le souligne le rapport. Cette solution, preuve supplémentaire du caractère pragmatique et non systématique du système français de contrôle des ententes, est pourtant logique et souhaitable : il n'y a pas de raison, en effet, de condamner un dispositif de concertation entre entreprises petites

---

(24) Le rapport pour 1974 donne pour exemple l'affaire « Industrie des lampes » ; en l'espèce l'entente a porté atteinte à la concurrence, dans un premier temps, ce qui a permis dans un second temps une renaissance de la concurrence entre groupes plus fortement concentrés ; l'entente tombait donc sous le coup de l'article 59 bis mais à cause de ses effets bénéfiques pouvait être rachetée en vertu de l'article 59 ter ; dans l'affaire « Fiorio » la situation est différente puisque les effets bénéfiques sont immédiats.

(25) Avis « Emballages en bois léger de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966 : il existait en l'espèce deux ententes régionales réunissant un nombre réduit de fabricants et ayant contribué à accroître la concurrence (elles s'étaient mutuellement concurrencées et cela s'était traduit par une tendance à la baisse des prix de vente) ; cet avis était beaucoup moins net, cependant, que l'avis Fiorio.

(26) Rapport pour 1974, p. 1.207.

et moyennes lorsque cela constitue le seul moyen d'entrer en compétition avec des entreprises de taille plus importante. La Commission s'éloigne ici de l'appréciation « *in abstracto* » de l'atteinte portée à la concurrence, méthode mise en évidence par M. Blaise (27), pour se référer à une notion beaucoup plus concrète. Cela ne signifie pas que les ententes du même type que le G.E.L.F. échapperont systématiquement à l'application de l'article 59 bis : l'avis Fiorio (28) insiste sur ce point en soulignant que le groupement pourrait être déclaré illicite s'il n'orientait plus ses activités dans le sens de l'accroissement de la concurrence (par exemple, s'il observait le même comportement sur d'autres catégories de marchés pour lesquels il se trouverait en compétition avec des concurrents d'une taille et d'une puissance identiques à celles de ses membres), ou s'il venait à comprendre parmi ses adhérents des entreprises aptes, par leur taille, à accéder directement au marché des constructions administratives industrialisées.

223. — On constate donc que les pratiques réduisant le nombre des compétiteurs sont toujours condamnées lorsqu'elles résultent d'un retrait, même justifié par des considérations de rationalisation, tandis que celles résultant d'un regroupement ne le sont pas nécessairement, pourvu toutefois que le groupement se présente comme tel, respecte les règles du jeu de la concurrence ou contribue à permettre à des entreprises petites et moyennes d'entrer en compétition avec de plus puissantes. Dans ce dernier cas, le regroupement constitue un moyen d'activer la concurrence alors que chaque entreprise du groupe, si elle restait isolée, n'aurait aucune chance (29).

## SECTION 2

### REDUCTION FORCÉE DES COMPÉTITEURS NON MEMBRES DE L'ENTENTE

224. — La réduction des compétiteurs peut être imposée par l'entente à des entreprises tierces. L'action de l'entente tend, par exemple, à refuser la clientèle de ses adhérents à une entreprise extérieure ; les membres de l'entente doivent donc prendre l'engagement de ne pas contracter avec cette entreprise.

---

(27) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 177 et s.

(28) Avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(29) Cf. également l'avis « G.I.E. de Saverne », du 10 janv. 1973.



C'est seulement en 1970 que la Commission a eu à apprécier la licéité de ce type de comportement. Une entente s'était constituée, entre des entreprises d'importation et de délainage de peaux (30), sous la forme d'un groupement d'intérêt économique, le G.L.A.M. Ses membres avaient décidé de ne remettre de documents d'importation, pour les marchandises en provenance d'Australie, qu'à cinq transitaires à l'exclusion de tout autre, dont la société Limouzy. Les transitaires choisis devaient, en outre, s'engager à ne pas utiliser les camions des transitaires exclus. Selon les adhérents, cette mesure ne constituait pas une entrave à la concurrence mais une simple mesure de défense contre la société Limouzy dont certaines initiatives avaient été jugées dangereuses (31).

La Commission relève, tout d'abord, l'efficacité du dispositif mis en place : deux mois à peine après la décision, les importations des membres du G.L.A.M. transitant par la société Limouzy étaient pratiquement nulles. Quant au caractère anticoncurrentiel de cette pratique, il doit être apprécié en fonction de l'intention des auteurs du refus collectif d'utiliser les services du fournisseur. Un refus dicté par l'intérêt propre de chaque client serait parfaitement licite. Un refus motivé par le désir d'éliminer une entreprise du marché tombe, au contraire, sous le coup de la prohibition édictée par l'article 59 bis car le refus est alors un boycottage. La Commission a estimé, en l'espèce, que

« l'attitude du G.L.A.M. (...) n'a pas constitué un simple refus d'utiliser les services de ces transporteurs, attitude qu'il est loisible à un entrepreneur de prendre à l'égard d'un fournisseur lorsqu'il estime que, pour des raisons techniques, commerciales ou financières, son intérêt est de ne pas s'adresser à ces fournisseurs ; cette action avait en réalité pour objet d'éliminer les transporteurs (...) du marché et revêt ainsi le caractère d'un boycottage ».

225. — Le critère d'incrimination retenu est ici celui de la limitation de l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises, expressément envisagé par le texte depuis 1967. Comme le déclare le rapport pour 1970-1971,

« une telle pratique tend à empêcher l'exercice de la libre concurrence par l'entreprise boycottée et entre ainsi dans le champ d'application de l'article 59 bis » (32).

Le refus collectif d'utiliser les services d'une entreprise tierce ne tombe donc pas, par soi-même, sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence. Ce refus sera licite s'il est justifié.

(30) Avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970 ; T.G.I. Castres, 13 mars 1970, précité.

(31) La Société Limouzy cherchait à prendre le contrôle de certaines sociétés de transport et à acquérir une partie des installations ferroviaires de Mazamet ; l'entente craignait l'émergence d'une position dominante et d'un quasi-monopole des transports.

(32) Rapport pour 1970-1971, p. 419.

Il sera illicite s'il constitue un boycottage. La qualification d'entrave à la concurrence est donc fonction de l'intention des auteurs de cette pratique (33).



226. — On constate, au terme de cette analyse des avis, que les pratiques aboutissant à limiter les compétiteurs en réduisant leur nombre sont très généralement condamnées au titre de l'article 59 bis, que cette réduction joue entre les membres de l'entente ou, *a fortiori*, soit imposée par eux à des tiers. L'exclusion, temporaire ou définitive, de certaines entreprises tombe sous la qualification d'entrave à la concurrence. Le refus de contracter avec une entreprise tierce n'est admissible qu'à la condition expresse qu'il soit motivé par des considérations légitimes ; s'il a pour objet d'éliminer une entreprise du marché, il tombe sous le coup de la prohibition. Seule, la réduction par regroupement des compétiteurs échappe aux critiques à condition, toutefois, que le groupement constitué aux fins de répondre à un appel d'offres respecte les règles de la concurrence ou permette aux entreprises de taille modeste qui en font partie d'entrer en compétition avec des groupes plus puissants. Même dans ce cas, il convient de surveiller la situation sur le marché à cause des risques que présentent ces pratiques sur le jeu de la concurrence (34). On doit souligner l'importance accordée par la Commission à la part de marché contrôlée par les entreprises en entente. On peut considérer comme probable que cette jurisprudence influencera celle de la Commission de la concurrence, non seulement en ce qui concerne le champ d'application de l'article 50 relatif aux ententes mais également dans le domaine des concentrations (35). Aussi bien le législateur a-t-il lui-même admis que l'influence d'une concentration pouvait être négligée si elle ne concerne qu'une fraction, forfaitairement déterminée (36), du marché.

---

(33) La preuve de l'intention peut poser des problèmes difficiles, tout comme pour les offres de principe concertées (supra n° 217 et s. ; infra n° 398 et s.).

(34) Sur l'« état dangereux » lié à certaines ententes, cf. les obs. de Ph. LAURENT, précité.

(35) Cf. à ce propos les avis rendus par la Commission de la concurrence : « Commercialisation des briquets non rechargeables », du 11 mai 1978 ; « Crampons antidérapants pour automobiles », du 8 juin 1978.

(36) Les seuils relatifs aux opérations contrôlables sont les suivants : 40 % de la consommation nationale pour l'ensemble des entreprises concernées, s'il s'agit de biens, produits ou services de même nature ou substituables ; 25 % de la consommation nationale pour deux au moins des contractants ou des groupes d'entreprises concernées et pour chacun d'eux, s'il s'agit de biens, produits ou services de nature différente et non substituables.

## CHAPITRE II

### LIMITATION PAR L'INSTITUTION DE BARRIERES A L'ENTREE DES COMPETITEURS EVENTUELS

227. — Les entreprises en entente peuvent parvenir à limiter le nombre des concurrents en jouant non plus au niveau de ceux qui se trouvent déjà en présence sur le marché mais en se prémunissant collectivement contre la pression des concurrents potentiels. MM. Jenny et Weber font observer que si la concentration de l'offre favorise l'émergence de coalitions anticoncurrentielles, ces dernières « ne peuvent survivre durablement que dans la mesure où les marchés sur lesquels elles sont adoptées sont protégés par des barrières à l'entrée » (1). Lorsqu'il n'existe pas de barrières naturelles (2) les ententes disposent de plusieurs moyens efficaces rendant plus difficile l'accès sur le marché des compétiteurs éventuels. A cet égard, il convient de distinguer deux sortes de pratiques. Les barrières à l'entrée des nouveaux compétiteurs résultent parfois de la mise en place de procédures de contrôle de l'accès au marché (section 1). D'autres fois, les entreprises bénéficient d'une protection juridique particulière qui rend plus difficile la qualification des pratiques au regard de l'article 59 bis : c'est le cas lorsque les barrières à l'entrée reposent sur la mise en œuvre de monopoles d'exploitation (section 2).

#### SECTION 1

#### BARRIERES RESULTANT DE LA MISE EN PLACE DE PROCEDURES DE CONTROLE DE L'ACCES AU MARCHÉ

228. — Les procédures de contrôle de l'accès au marché des concurrents potentiels sont diverses. Les plus contraignantes sont

---

(1) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 111.

(2) Ou résultant d'une réglementation d'inspiration corporatiste.

certainement celles qui consistent directement à subordonner l'accès au marché au respect de réglementations professionnelles strictes. Ces pratiques semblent comporter une limitation évidente à la concurrence mais leurs auteurs les justifient par des motifs apparemment légitimes : amélioration du service rendu au consommateur, moralisation de certaines professions. De façon beaucoup plus indirecte, les entreprises peuvent se protéger collectivement contre l'apparition de compétiteurs extérieurs par des pratiques dont l'effet est de drainer la clientèle vers l'entente : les remises cartellisées réalisent cet objectif. Là encore, les entrepreneurs invoquent un certain nombre de raisons tendant à faire admettre la licéité de ces pratiques. Il convient donc de rechercher les solutions apportées par la Commission à ces divers problèmes en examinant successivement la qualification d'entrave à la concurrence des pratiques de contrôle direct (§ 1) et indirect (§ 2) d'accès au marché.

## § 1. — Contrôle direct de l'accès au marché par la mise en œuvre de réglementations professionnelles

229. — Certaines ententes mettent en œuvre des réglementations professionnelles instituant un contrôle direct de l'accès au marché s'exerçant soit sur les personnes, soit sur les produits. Il suit que l'entrée dans la compétition est interdite lorsque ces personnes ou produits ne remplissent pas les conditions requises par l'entente. Le problème s'est posé à la Commission de la licéité de ces deux types de procédures au regard des règles de concurrence édictées par l'article 59 bis.

### A. — CONTROLE DE L'ACCES DES PERSONNES

230. — Le contrôle de l'accès au marché de certaines personnes peut résulter de la mise en place d'une sorte d'organisation para-publique. L'exemple le plus frappant de ce type de pratiques est constitué par l'affaire de la « Publicité » (3). L'entente constituée entre des professionnels de la publicité, et fonctionnant grâce à l'appui de la fédération nationale de la presse française, avait institué une véritable réglementation professionnelle, très complète, imposant de nombreuses obligations aux intermédiaires de publicité. Ces obligations étaient réunies dans un « Code des usages de la publicité » qui, entre autres, subordonnait l'exercice des professions de courtier et d'agent de publicité à la possession d'une carte professionnelle dite « carte accréditive de commissions ».

---

(3) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958.



La question se posait de savoir si cette pratique constituait une entrave à la concurrence aux termes de l'article 59 bis. La Commission indique, dans son avis, que le caractère anticoncurrentiel de cette mesure est fonction des conditions dans lesquelles la carte professionnelle est octroyée ou retirée.

La « carte accréditive de commissions » encourait à ce titre un reproche dans la mesure où elle était délivrée (4) aux seuls candidats s'engageant à respecter l'ensemble des obligations professionnelles imposées par le « Code » alors que ces dispositions présentaient elles-mêmes un caractère illicite. La carte était, par ailleurs, retirée en cas d'inobservation des usages professionnels.

231. — La Commission, allant au-delà du cas d'espèce, s'interroge d'une manière plus générale dans son rapport pour 1957 (5) sur la licéité, au regard de l'article 59 bis, des procédures de contrôle d'accès à une profession. Tout en reconnaissant que l'institution d'une carte professionnelle peut être justifiée par le souci de réserver l'exercice d'une profession à des personnes présentant des garanties tant morales que professionnelles, elle estime cependant qu'une telle pratique

« constitue par elle-même une restriction au principe de la libre concurrence et de libre accès à la profession ».

Les pratiques par lesquelles une entente interdit à certains professionnels d'entrer dans la compétition sont donc condamnables et tombent sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence. Le rapport précise qu'il serait dangereux, en effet, d'abandonner l'organisation d'une profession à la seule initiative et au seul contrôle des professionnels intéressés.

232. — Les intérêts attachés à la moralisation de certaines professions ainsi qu'au niveau de compétence devant être exigé des professionnels ont, cependant, conduit la Commission à admettre qu'une limitation de l'accès au marché par l'institution d'une carte professionnelle pourrait être licite sous la double condition d'avoir obtenu la sanction des pouvoirs publics, d'une part, et de présenter des garanties d'équité, d'autre part.

Il est, donc, particulièrement contestable, lorsqu'une réglementation professionnelle tendant à instituer une carte professionnelle

---

(4) La « carte accréditive » était délivrée par une commission mixte composée de professionnels de la publicité et de la presse ; les candidatures étaient présentées exclusivement par la Fédération française de la publicité ; les titulaires de la carte, en cas de manquement aux obligations imposées par le « Code », pouvaient en perdre le bénéfice sur décision de la « commission d'arbitrage », véritable juridiction professionnelle ; les retraits étaient signalés aux « supports » et la fédération de la presse, en accord avec celle de la publicité, invitait ses adhérents à respecter les règles mises en place.

(5) Rapport pour 1957, p. 214.

obligatoire n'a pas obtenu la sanction des pouvoirs publics, que les membres de l'entente la mettent tout de même en œuvre. Le cas est illustré par l'entente dans le secteur des vins doux naturels (6) dont les pratiques ont été condamnées

« en tant qu'elles ont eu pour but d'établir une concertation pour mettre en œuvre des règles qui figuraient dans un projet de texte réglementaire non adopté par l'autorité compétente, ce qui aboutissait à ajouter de nouvelles restrictions de concurrence à celles qu'impliquait la réglementation en vigueur, laquelle était d'ailleurs suffisante pour assurer aux producteurs une régulation satisfaisante du marché ».

La Commission s'est également expliquée (7) sur les conditions dans lesquelles un organisme professionnel pourrait délivrer des cartes professionnelles en indiquant qu'il serait souhaitable que cet organisme, chargé de l'examen des candidatures et de la délivrance du titre professionnel, présente des garanties d'indépendance morale à l'égard des intérêts professionnels en cause ou que ces décisions soient susceptibles d'appel devant un autre organisme présentant ces garanties.

233.— En définitive, s'il est souhaitable d'exiger des membres d'une profession des garanties de compétence, de morale et de loyauté, cela ne doit pas servir de masque à des pratiques anticoncurrentielles préjudiciables aux consommateurs et à la collectivité (8). S'il est, par ailleurs, compréhensible que les producteurs souhaitent parvenir à une régulation du marché, cela ne les autorise pas à mettre en œuvre des réglementations professionnelles privées alors qu'existe une réglementation administrative, déjà restrictive de la concurrence, suffisante pour atteindre cet objectif.

## B. — CONTROLE DE L'ACCES DES PRODUITS

234.— Les membres d'une entente peuvent mettre en œuvre des procédures de contrôle qualitatif des produits. Ces pratiques se rencontrent aussi bien pour les produits sous marque que pour ceux

---

(6) Avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976.

(7) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », précité.

(8) Le même problème s'est posé, en des termes un peu différents, à propos de la délivrance du « label professionnel de maître-teinturier » lors de l'affaire « Usiniers du nettoyage à sec » (avis du 21 févr. 1969) ; par manque d'informations, la Commission n'a pu se prononcer mais a estimé qu'une enquête complémentaire serait utile afin de déterminer si la délivrance de ce label était ou non dépendante des obligations imposées par l'entente. On peut rapprocher ces pratiques des clauses d'agrément que l'on rencontre sous des dénominations diverses, dans plusieurs ententes ; il semble que ces clauses doivent être considérées comme illicites au regard de l'article 59 bis chaque fois qu'elles ont pour objet de renforcer l'efficacité de systèmes constituant une entrave à la concurrence (cf. la clause d'accréditement dans l'avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961 : les transitaires ne respectant pas les obligations imposées par l'entente encourageaient la suppression temporaire ou définitive de l'accréditement).

qui n'en bénéficient pas. Le premier cas est illustré par les quatre affaires « Tergal » (9) : sur les produits ayant satisfait aux exigences de qualité était fixée une vignette délivrée par un organisme professionnel pour le compte de Rhodiacéta, propriétaire de la marque. En l'absence de marque, un syndicat professionnel peut délivrer un « label de qualité » à ceux des produits conformes à la réglementation et présentant le caractère de produits normalisés, comme cela se pratiquait par l'entente « Cuves et citernes à hydrocarbures » (10).

235. — La question s'est posée de la licéité de telles pratiques. On pourrait considérer qu'il est parfaitement légitime, de la part des producteurs, de limiter l'accès au marché aux seuls produits offrant des garanties suffisantes de qualité. De fait, lors des affaires « Tergal », la Commission avait porté au crédit des ententes les effets bénéfiques résultant des contrôles qualitatifs exercés sur les produits. La décision du ministre de l'Economie et des Finances faisant suite à cet avis était, toutefois, plus nuancée ; elle formulait des réserves tenant aux conditions de retrait des vignettes, exigeant qu'il soit motivé par des considérations strictement techniques et qu'il intervienne seulement à l'initiative du propriétaire de la marque. En aucun cas, ce retrait ne devait constituer une sanction du non respect des obligations imposées par l'entente, notamment en matière de prix (11).

236. — En 1973 (12), la Commission précise sa position sur ces pratiques dont elle réaffirme qu'elles peuvent être bénéfiques, tout en étant susceptibles de « déviation anticoncurrentielle ». La question se pose, dès lors, de savoir comment l'on peut distinguer les procédures de contrôle qualitatif des produits qui constituent une entrave à la concurrence de celles qui sont licites.

Aux termes de l'avis « Cuves à hydrocarbures » une telle pratique tombe sous le coup de la prohibition lorsqu'elle a

« pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en écartant du marché des produits n'appelant pas de réserves sérieuses du point de vue de l'intérêt du consommateur ou de l'intérêt général ».

Pour qu'une telle pratique soit licite, il faut donc qu'elle respecte les règles de concurrence : c'est-à-dire que la procédure d'agrément doit être ouverte à toutes les entreprises et son prix doit correspondre aux charges supportées par l'entreprise qui attribue le label sans comporter une répartition des charges, qui, en pénalisant certains producteurs, les fasse renoncer à le demander.

---

(9) Cf. les quatre avis rendus à propos des ententes « Tergal », le 19 oct. 1963.

(10) Avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

(11) Décisions du ministre de l'Economie et des Finances faisant suite aux avis « Tergal », 15 juil. 1964.

(12) Rapport pour 1973, p.2605.

237. — En conclusion, on constate que si la Commission ne se montre pas radicalement hostile aux procédures de contrôle d'accès au marché des personnes ou des produits, elle est, cependant, extrêmement méfiante à cet égard. Dans la mesure, en effet, où elles présentent un grave risque pour la concurrence, ces pratiques ne doivent comporter d'autres limitations que celles qui se rapportent directement à des exigences morales, techniques ou de compétence, indispensables à la protection des consommateurs et de l'intérêt général, sous le contrôle supérieur des pouvoirs publics s'il s'agit d'instituer une réglementation professionnelle.

## § 2. — Contrôle indirect de l'accès au marché par les remises cartellisées

238. — Les remises dites « cartellisées », également appelées remises « de classement » ou « primes de quantité » sont fréquemment présentes dans les accords d'entente. Il importe de savoir ce que recouvrent exactement ces termes avant de rechercher comment la Commission qualifie ces pratiques au regard de l'article 59 bis.

### A. — PRATIQUE DES REMISES CARTELLISEES

239. — Le terme de remises cartellisées apparaît dès les premiers avis rendus par la Commission. Il a paru nécessaire, en 1974 et 1976, à l'occasion des affaires du « Groupement d'intérêt économique de commerçants de Saverne » (13) et du « Verre creux mécanique » (14), de préciser cette notion. A travers les avis, deux conditions cumulatives se dégagent : il faut, d'une part, que les rabais soient calculés en fonction des achats effectués auprès de l'ensemble des membres du groupement, et, d'autre part, que leur taux soit progressif.

240. — La condition selon laquelle une remise peut être dite « cartellisée » lorsqu'elle est calculée en fonction des achats faits auprès de l'ensemble des membres du groupement semble ne pas devoir poser de problèmes. C'est une caractéristique des rabais cartellisés sur laquelle d'anciens rapports insistaient (15). Dans la mesure, cependant, où les travaux de la Commission sont mieux connus, les pratiques tendent à se diversifier et à changer de nom. La question s'est posée à propos de la pratique des remises « globalisées », mise en œuvre par l'entente entre fabricants de verre creux mécanique. Lors d'un premier avis (16), la Commission avait imposé

---

(13) Avis « G.I.E. de Saverne », du 10 janv. 1973.

(14) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976.

(15) Rapport pour 1957, p. 214 ; Rapport pour 1960 à 1962, p. 13.

(16) 1er avis « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968.



aux membres de l'entente la suppression ou l'atténuation des remises cartellisées. Un nouveau système de remises de quantité fut alors mis sur pied : il s'agissait de remises, dites « globalisées », calculées individuellement et mentionnées sur chaque facture au lieu d'être déterminées en fin d'année par concertation entre les fabricants ; elles étaient fondées sur les achats prévisibles à l'ensemble des entreprises. La seule différence entre ces remises globalisées et les remises cartellisées classiques résidait donc dans le fait que, calculées en fonction des achats « prévisibles » à l'ensemble des fabricants, elles étaient approximatives au lieu d'être précises. Or, le mode de calcul est tout à fait secondaire, l'élément essentiel étant que les rabais sont consentis en fonction des achats faits à l'entente.

La Commission juge parfaitement légitime pour un vendeur d'accorder à ses différents clients des remises variant en fonction des quantités qu'un client lui achète ou est susceptible de lui acheter. En revanche,

« plusieurs vendeurs ne peuvent, sans tomber sous le coup de l'article 59 bis, s'entendre pour pratiquer des remises calculées directement ou indirectement d'après les achats auprès de l'ensemble des producteurs ».

241. — La question s'est posée de savoir si toute espèce de remise accordée en fonction des achats effectués auprès de l'ensemble des membres d'un groupement pouvait être qualifiée de « cartellisée ». Lors de l'affaire « G.I.E. de Saverne » (17), il est apparu que les adhérents consentaient à la clientèle, sur présentation d'un carnet d'achat, une remise de 10 % sur tout achat effectué dans la limite d'une fois par mois auprès de l'un quelconque des membres du groupement d'intérêt économique. Une décision de justice avait estimé qu'il s'agissait bien là de remises cartellisées tombant sous le coup des dispositions de l'article 59 bis (18). Consultée par la Cour d'appel (19), la Commission a décidé que cette pratique ne pouvait être considérée comme une remise cartellisée dans la mesure où

« le taux de remise dont peut bénéficier un client déterminé n'est pas fonction du volume total des achats effectués par ce dernier auprès de l'ensemble des membres du groupement ».

Une remise fixe ne peut donc être qualifiée de remise cartellisée. Le caractère progressif du taux de rabais, en fonction du montant global des achats faits à l'entente, est une condition essentielle de la qualification (20).

(17) Avis « G.I.E. de Saverne », du 10 janv. 1973.

(18) T.G.I. Saverne, 21 juil. 1971, D. 1971. J. p. 218, note Ch. LAVABRE ; Colmar, 11 juil. 1973, D. 1973. Jp. 748, note Ch. LAVABRE.

(19) L'article 6 du décret du 23 nov. 1968 autorisait les juridictions civiles et commerciales à demander à la Commission un avis sur les pratiques visées aux articles 59 bis et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945. Sur les règles instituées par la loi du 19 juil. 1977, cf. V. SELINSKY, op. cit., n° 19.

(20) Rapport pour 1973, p. 2604 ; cf. également X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, op. cit., p. 91.

242. — On peut, alors, donner des remises cartellisées la définition suivante : une remise cartellisée est une remise dont le taux varie en fonction du montant global des achats réels ou prévisibles effectués auprès de l'ensemble des membres de l'entente.

## B. — QUALIFICATION DES REMISES CARTELLISEES AU REGARD DE L'ARTICLE 59 BIS

243. — Les remises cartellisées sont depuis de nombreuses années l'objet de l'attention de la Commission. Ses positions ont varié au cours des ans allant de la fermeté à plus de souplesse pour en revenir à la sévérité aux alentours des années 1963. Une synthèse des avis rendus sur cette question permet de dégager deux lignes directrices : les remises cartellisées sont, aujourd'hui, au nombre des pratiques condamnables « en elles-mêmes » sous réserve de « circonstances exceptionnelles » que nous tenterons de définir.

### 1°) ILLICITE DE PRINCIPE DES REMISES CARTELLISEES

244. — S'agissant des remises cartellisées, le premier avis intéressant est celui rendu à propos de l'affaire « Outils agricoles à main » en 1957 (21). La Commission y souligne le caractère anticoncurrentiel de la pratique, compte tenu des atteintes portées à la concurrence des tiers. On notera que l'incidence néfaste sur les prix, seul critère d'incrimination avant 1967, n'est pas mentionnée. L'avis relève simplement que les remises cartellisées

« ont généralement pour objet, en encourageant la clientèle à demeurer fidèle à l'ensemble des adhérents de l'entente, de prévenir ou combattre la concurrence des dissidents, et ainsi de renforcer l'efficacité de l'entente, voire de réaliser un monopole à son profit ».

245. — Ces affirmations sont toutefois aussitôt tempérées par la prise en considération d'éléments d'appréciation « in concreto » : la pratique suivie n'est pas condamnée, en l'espèce, dans la mesure où il s'agit d'une entente réunissant tous les producteurs ou anciens producteurs de l'industrie en cause, qui, par ailleurs, subit une récession. L'apparition de dissidents n'étant guère probable, la qualification d'entrave n'est pas retenue, cette pratique n'apparaissant pas, en l'occurrence, « comme un élément d'une entente prohibée par l'article 59 bis » (22).

Allant plus loin encore, la Commission admet, à l'époque, que les remises cartellisées sont parfois utiles et peuvent

« contribuer de manière satisfaisante à pallier un excessif foisonnement, nuisible à la productivité générale, des circuits de distribution et de vente ».

(21) Avis « Fabricants d'outils agricoles à main », du 22 juin 1957.

(22) La Commission se livre donc à l'époque à une appréciation « in concreto » pour la constatation de l'infraction (contra, cf. J.-B. BLAISE, op. cit., p. 208 et) s.

En définitive, c'est en fonction de l'intention de ses auteurs que la pratique des remises cartellisées peut être qualifiée d'entrave à la concurrence. Le rapport pour 1957 précise, en effet, qu'elle sera illicite chaque fois qu'elle aura eu « pour but de prévenir ou de combattre la concurrence des dissidents » (23).

246. — Un certain nombre de critiques ont été formulées à l'encontre de ce raisonnement. En premier lieu, celle de n'avoir pas précisé comment les remises cartellisées peuvent contribuer à la rationalisation des circuits de distribution et de vente (24). Ce n'est cependant pas le reproche essentiel. MM. Weber et Jenny estiment que la Commission aurait dû tenir compte du fait que cette pratique ne doit pas seulement être appréciée en fonction d'une éventuelle concurrence en France, et peut avoir pour objet d'empêcher le développement d'une concurrence d'origine étrangère (25). Or, cette éventualité devait être envisagée puisque le même avis relève que

« la concurrence qui s'exercera après l'entrée en vigueur du Marché commun sera vraisemblablement de nature à prévenir toute tendance à une augmentation artificielle des prix de vente ».

247. — La position libérale de la Commission va cependant faire place à une plus grande fermeté au cours des années suivantes. L'atteinte à la concurrence des dissidents est toujours retenue comme en témoigne l'avis « Verres de lunettes », qui condamne les pratiques au motif qu'elles

« revêtent une importance particulière dans une branche d'activité... où les entreprises extérieures au groupement représentent une part appréciable — de l'ordre de 20 % — de la production globale et où certaines sont en expansion » (26).

Les avis suivants manifestent plus de sévérité encore. La référence à l'existence réelle ou éventuelle de dissidents disparaît dans certains avis (27) tandis que l'influence néfaste sur les prix est parfois soulignée. Cette pratique serait, en effet,

« susceptible de provoquer des majorations discriminatoires de prix non justifiées par des variations correspondantes des prix de revient » (28).

---

(23) Rapport pour 1957, p. 214.

(24) Cet argument a d'ailleurs été abandonné par la suite.

(25) F. JENNY et A.-P. WEBER, *L'entreprise et les politiques de concurrence*, op. cit., p. 111 et s.

(26) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 : le fait que l'importance des dissidents n'était pas négligeable paraît être retenu comme élément d'aggravation.

(27) Avis « Industrie du linoléum », du 21 oct. 1961 ; le ministre de l'Economie et des Finances, dans la décision faisant suite à l'avis précité, prend soin de rappeler qu'elle « constitue, en outre, une infraction aux dispositions de l'article 37 (1<sup>o</sup>, a) de l'ordonnance du 30 juin 1945 ».

(28) Avis « Fil de mousse de nylon », du 22 juin 1962. Rapport pour 1960 à 1962, p. 13.

Dans certaines conditions, par ailleurs, la Commission semble envisager une possible assimilation de ces pratiques à celle du « dumping » :

« si les remises... ont bien pour objet d'attirer la clientèle vers les fournisseurs en entente, il résulte que dans l'espèce, et eu égard notamment à leur modicité, elles n'ont pas été de nature à provoquer un déséquilibre dans les conditions de la concurrence et ne peuvent être assimilées à des pratiques de dumping » (29).

En 1963, cette jurisprudence semble être confirmée par l'affirmation du rapport selon laquelle

« les remises cartellisées sont toujours considérées comme en soi condamnables » (30).

Cette affirmation est toutefois immédiatement atténuée par une réserve au cas de circonstances exceptionnelles. Il convient donc de préciser cette notion.

## 2°) RESERVES RELATIVES AUX « CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES »

248. — La question se pose de savoir ce qu'entend la Commission en indiquant dans son rapport pour 1963 à 1966 que

« la condamnation des remises cartellisées s'accompagne parfois d'une réserve pour le cas de circonstances exceptionnelles ».

Il semble que la Commission soit disposée à retenir un certain nombre d'éléments concrets, tels la situation défavorable de la branche industrielle dans laquelle est constituée l'entente et les effets limités des pratiques constatées. C'est ainsi que l'avis « demi-produits en métaux cuivreux » (31) souligne le fait que l'attribution des remises cartellisées était d'usage dans la profession et que la clientèle était « bien informée » et « habile à provoquer la concurrence ». L'avis relatif à l'entente entre filateurs de coton (32) retient également que

« par ses modalités, son taux, ses effets dissuasifs très limités à l'égard des tiers, comme par la situation professionnelle de la branche en cause, ladite remise pouvait très exceptionnellement ne pas entraver la concurrence ».

Il convient toutefois de noter que la Commission s'interrogeait, en l'espèce, sur les possibilités d'octroyer à l'entente le bénéfice des dispositions de l'article 59 ter et qu'elle a réaffirmé de nombreuses fois, par ailleurs, son « préjugé défavorable » (33) à l'encontre des remises cartellisées.

(29) 2ème avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963.

(30) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(31) 2ème avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963.

(32) Avis « Filateurs de coton du Uord et de l'Ouest », du 22 mars 1968.

- (33) Rapport pour 1968, p. 483. Avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968 ; « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968.



249. — On peut, se demander, comme certains auteurs (34), s'il y a là la marque d'une hésitation de la Commission entre deux points de vue contradictoires : soit la condamnation automatique des remises cartellisées, assortie d'une certaine indulgence et d'un certain libéralisme dans l'application de l'article 59 ter (35), soit une condamnation limitée aux cas où les remises ont eu un effet anticoncurrentiel important. Cette dernière hypothèse semble cependant infirmée par les positions adoptées lors des affaires « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence » en 1973 (36) où les remises ont été condamnées en dépit d'effets anticoncurrentiels modérés :

« leurs effets sont atténués par le fait que deux taux seulement sont prévus et que le seuil permettant d'obtenir le meilleur taux se situe à un niveau tel que la plupart des clients en bénéficient ».

Il semble donc que ces pratiques doivent être considérées comme répréhensibles par elles-mêmes. L'hypothèse des « circonstances exceptionnelles » marque plus le désir de la Commission de ne pas se lier par des formules trop rigides qu'une indécision dans l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'une pratique d'entente de ce type; mais la tendance est à la sévérité car les remises cartellisées, armes efficaces contre les dissidents, introduisent un élément de déloyauté ou, du moins, d'inégalité dans la compétition (37).

## SECTION II

### BARRIERES RESULTANT DE LA MISE EN ŒUVRE DE MONOPOLES D'EXPLOITATION

250. — Indépendamment des pratiques relativement simples protégeant les ententes contre l'apparition des concurrents futurs par l'institution d'un contrôle de l'accès au marché, des procédés plus complexes peuvent être mis en œuvre. Les entreprises regroupées en entente peuvent ainsi se protéger par la monopolisation des matières

(34) F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., p. 113

(35) Certains avis emploient, en effet, les termes de « justification » ; par exemple, il est dit que le système de rabais cartellisé est condamnable et « qu'aucune circonstance exceptionnelle n'est de nature à le justifier en l'espèce » (1er avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965 ; 2ème avis « Jantes et guidons », du 22 oct. 1965 ; « Articles de visserie », du 18 déc. 1965).

(36) 2ème avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973.

(37) Cette jurisprudence est confirmée par la Commission de la concurrence, cf. les avis : « Négocie des tubes d'acier », du 12 janv. 1978 ; « Matériel électrique d'installation Legrand », du 23 mars 1978 ; « Fabricants de feutres pour papeterie », du 25 mai 1978.

premières, le contrôle de la distribution, la maîtrise de la technologie... (38). Un monopole d'exploitation qui prend sa source dans la loi, en matière de brevets par exemple, ou dans le contrat, en présence de clauses d'exclusivités, complique la tâche de la Commission. Les entreprises bénéficient, en effet, d'une protection juridique : les barrières à l'entrée sont élevées par la loi, en matière de brevets, ou ne sont pas interdites par elles, en cas de clauses d'exclusivité. La question est, alors, de savoir s'il n'y a pas incompatibilité entre le droit des brevets ou le droit des obligations fondé sur l'autonomie de la volonté, d'une part, et la prohibition des limitations à la concurrence édictée par l'article 59 bis, d'autre part. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si la protection juridique accordée aux entreprises titulaires de monopoles d'exploitation est absolue ou relative. Il convient de rechercher la réponse à travers les avis, peu nombreux, qui posent le problème de la qualification d'entrave à la concurrence face à la mise en œuvre de monopoles d'exploitation légaux (§ 1) et conventionnels (§ 2).

### § 1. — Qualification d'entrave à la concurrence face à la mise en œuvre de monopoles légaux d'exploitation

251. — Il peut arriver que les pratiques d'entente soient liées à la mise en œuvre de monopoles légaux d'exploitation. C'est le cas lorsque l'entente ou l'un de ses membres est titulaire de droits de propriété industrielle ou littéraire et artistique. La loi leur accorde donc une protection particulière qui pourrait sembler incompatible avec l'application des règles de concurrence édictées par les articles 59 bis et suivants de l'ordonnance de 1945.

La Commission s'est trouvée confrontée à ce délicat problème juridique dès le début de ses travaux à l'occasion de l'affaire « Industrie du magnésium » (39). L'entente était constituée entre deux producteurs et leurs filiales. L'une d'elles, la Société générale du magnésium (S.G.M.), était chargée de la distribution du métal aux utilisateurs. En outre, titulaire de brevets, elle disposait par là-même d'un efficace moyen de pression sur les entreprises désireuses d'obtenir l'usage de ces droits (40) : il suffisait d'insérer dans les contrats de licence une obligation d'approvisionnement auprès du concédant, un système de prix préférentiels ou des obligations limitant l'utilisation et la revente du produit.

Le raisonnement des titulaires de brevets s'appuyait sur la nature particulière de pratiques trouvant leur fondement juridique dans la loi accordant un monopole d'exploitation et l'incompatibilité de ce

---

(38) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 33.

- (39) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955 ; *supra*, n° 144 et s.

(40) Rapport pour 1954-1955, p. 5.

système protecteur avec les règles de concurrence. A l'appui de cette thèse, devant aboutir à situer leurs pratiques en dehors du champ d'application de l'article 59 bis, les membres de l'entente «Industrie du magnésium» invoquaient plusieurs arguments. Ils se fondaient, en premier lieu, sur le caractère pénal des articles 59 bis et suivants imposant une interprétation restrictive de ces textes dont aucun ne visait expressément les brevets. Ils s'appuyaient, en second lieu, sur le caractère autonome de la législation sur les brevets, lié à son caractère absolu et à ses incidences sur le plan international, auquel une réglementation spéciale ne saurait porter atteinte (41).

252. — La Commission a rejeté ce raisonnement en opérant une distinction entre l'*existence* des droits de propriété industrielle, insusceptible de tomber sous le coup de l'article 59 bis, et l'*exercice* de ces droits qui peut tomber sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence. L'avis relève, en particulier, que la législation sur les brevets connaît des « limites tirées de la notion d'abus de monopole » et se fonde par ailleurs sur le caractère d'ordre public de la réglementation des ententes. Elle conclut que

« s'il est souhaitable que le droit des brevets... soit fermement garanti... les considérations qui conduisent à rechercher dans chaque cas la solution légale la plus conforme à l'intérêt économique ne permettent pas de faire échapper à l'examen de la Commission les pratiques qui, à l'intérieur d'une entente, utiliseraient des droits tirés de la législation sur la propriété industrielle » (42).

253. — Cette jurisprudence, très proche de celle de la Commission de Bruxelles (43), a été confirmée et précisée dans des affaires

---

(41) Ils réclamaient, également, au cas où la Commission ferait application de l'article 59 bis, une application en quelque sorte « automatique » de l'article 59 ter - 1<sup>o</sup> justifiant les pratiques qui « résultent d'un texte législatif ou réglementaire » (cf. infra, n<sup>o</sup> 472).

(42) La Commission invoquait un autre argument qui serait aujourd'hui de très faible portée : se fondant sur l'article 2 du décret du 9 août 1953, l'avis relevait que les brevets étaient soumis à la réglementation sur les prix et en déduisait leur soumission à la réglementation des ententes ; or, depuis l'ordonnance du 28 sept. 1967, le champ d'application des articles 59 bis et suivants est dissocié de celui de l'ordonnance de 1945.

(43) Très schématiquement, rappelons que la Commission européenne n'a pas voulu porter atteinte à l'existence des droits nationaux de propriété industrielle mais contrôle la manière dont ces droits sont exercés à l'occasion d'accords qui tendent à restreindre la libre concurrence entre les Etats membres. Sur les licences exclusives, cf. la décision de la Commission du 18 juil. 1975 relative à une procédure au titre de l'article 85 du Traité C.E.E. (IV. 21-353, Kabelmetal-Luchaire), J.O.C.E., n<sup>o</sup> L 222-34 du 28 août 1975. Sur la question des importations parallèles, cf. la décision de la Cour de justice du 31 oct. 1974 (Aff. 15/74 Centrafarm de Peijper-Sterling Drug) ; J.-L. HERIN, Brevet et concurrence au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, l'apport de l'arrêt du 31 oct. 1974 (Aff. 15/74), Rev. trim. dr. com. 1977, p. 383 ; cf. également pour son dernier état, v. 6<sup>ème</sup> Renc. de Prop. Ind. Lyon, Coll. CEIPI 1977, n<sup>o</sup> 17.

plus récentes. A propos de l'entente «Fil mousse de nylon» (44), par exemple, la Commission rappelle que ni les droits de propriété industrielle, ni le droit de propriété en général, ne permettent de déroger à la réglementation des ententes dont le caractère d'ordre public est réaffirmé :

« aucune convention, fut-elle fondée sur des droits de propriété industrielle et même sur le droit de propriété en général ne peut échapper à l'application de dispositions d'ordre public ».

Ce n'est donc pas le droit de propriété industrielle mais l'exercice abusif de ces droits qui peut tomber sous le coup de l'article 59 bis. Le critère de l'abus peut se révéler difficile à déterminer. Un élément de réponse est toutefois offert par l'avis « Industrie du magnésium » ; l'avis relève que les éléments des contrats de licence passés par la société générale du magnésium contribuaient à « protéger à tous les degrés les participants de l'entente » : l'interdiction de s'approvisionner en dehors de la S.G.M. assurait la protection du producteur et du distributeur, les prix favorables aux licenciés protégeaient les utilisateurs liés à l'entente de même que les interdictions de revente. On peut en conclure que si les monopoles légaux d'exploitation ne tombent pas par eux-mêmes sous le coup de l'article 59 bis, la mise en œuvre de ces monopoles d'exploitation peut être qualifiée d'entrave à la concurrence lorsqu'elle assure à l'entente une protection contre la concurrence supérieure à celle accordée par la loi. Dans ce cas, l'abus est bien constitué (45).

254. — Le fait qu'une personne bénéficie d'une protection juridique particulière ne constitue pas un obstacle insurmontable à l'application du droit de la concurrence grâce à l'application de la théorie de l'abus de droit. En décidant que l'exercice des droits de propriété industrielle est abusif dès lors qu'il confère à ses titulaires une protection excessive, la Commission met implicitement l'accent sur la fonction de ces droits dont la finalité ne peut être seulement égoïste. Accordés dans l'intérêt de leur titulaire, ils constituent également un facteur d'innovation, d'essor des industries nationales et de progrès économique. Leur exercice doit être conforme à l'intérêt de la collectivité et, si les rentes résultant d'innovations sont licites (46), les rentes de situation, anti-économiques, doivent être pourchassées. Admettre la qualification de droit-fonction permet d'aller très loin dans le contrôle de l'exercice des droits conférant à leur titulaire un monopole d'exploitation. Le droit de la concurrence constituerait ainsi, avec le droit commercial et le droit des sociétés (47), un domaine

---

(44) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 ; cf. également l'avis relatif aux « casiers à bouteilles en matière plastique », du 17 mars 1971, qui posait un problème d'abus de position dominante.

(45) J.-M. MOUSSERON, L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention, *in* Etudes de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac, op. cit., p. 345 et s.

(46) Rapport pour 1975, p. 1000.

(47) Cf. J.-C. BOUSQUET, note sous Cass. Com. 22 avr. 1976, D. 1977. Jp. 4.



d'application des théories de Josserand sur la fonction sociale des droits qui, en dépit de leur échec en matière civile (48), présentent un intérêt très vif dès lors que se posent des problèmes économiques.

Cette interprétation, qui durcit sensiblement les positions de la Commission révélées par l'analyse des avis, permettrait de résoudre certaines contradictions. S'il est normal de favoriser l'innovation technique, il est non moins légitime de refuser les conséquences malthusiennes de la recherche exclusive de la maximisation de la puissance et des profits des sociétés.

## § 2. — Qualification d'entrave à la concurrence face à la mise en œuvre de monopoles conventionnels d'exploitation

255. — La mise en œuvre de monopoles conventionnels d'exploitation par le jeu de clauses d'exclusivité peut poser différents problèmes. L'application de l'article 59 bis ne soulève pas de difficultés particulières lorsque les conventions assorties de clauses d'exclusivité sont conclues par une entente horizontale avec des opérateurs économiques situés en amont ou en aval. Elles sont, dans ce cas, assimilées à une pratique de l'entente et examinées au même titre que ses autres moyens d'action sur le marché. La question s'est posée, en revanche, de savoir si une convention d'exclusivité peut elle-même, dans la mesure où il s'agit d'un accord « vertical », être constitutive d'entente anticoncurrentielle au regard de l'article 59 bis. La controverse, née entre les auteurs à propos de la soumission des accords d'exclusivité à l'article 59 bis (49), ayant déjà été envisagée (50) nous n'y reviendrons pas. Le problème semble, en effet, résolu depuis 1974 dans la mesure où, d'une part, la Commission admet qu'une entente verticale entre dans le champ d'application de l'arti-

---

(48) A. PIROVANO, *Réflexions sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972. Chr. 67.

(49) Cf. en particulier B. GOLDMAN, *Les contrats d'exclusivité in Les ententes à l'échelle européenne*, Institut d'administration des entreprises, précité. Ceux qui refusent l'applicabilité de la réglementation des ententes aux accords d'exclusivité se fondent sur le caractère vertical de ces accords qui, par nature, ne pourraient porter atteinte à la concurrence (la concurrence supposant que les entreprises soient situées au même stade du processus économique) et auraient des effets essentiellement bénéfiques, sur le plan de la rationalisation des circuits commerciaux ; par ailleurs, il y aurait une répartition à opérer, en droit français, entre l'article 59 bis, applicable aux accords horizontaux, et l'article 37 de l'ordonnance de 1945, applicable aux accords verticaux, cf. BUISSON, LAGGER et TANDEAU de MARSAC, op. cit., p. 40 ; comp. J. GUYENOT (*Mélanges Voirin*, p. 301) qui écrivait « les accords d'exclusivité tendent à la constitution d'une unité économique des firmes intégrées par un producteur... Cette forme d'intégration n'est pas de l'essence des ententes » ; v. également les obs. de R. PLAISANT, note sous Paris, 17 févr. 1961 (Nicolas-Brandt) précité.

(50) Cf. supra, n° 35 et s.

de 59 bis (51) et où, d'autre part, elle a fait application de ce texte lors de l'affaire « Fiorio » (52) à un contrat de concession d'une manière qui tend à rapprocher les solutions françaises de la jurisprudence communautaire (53).

256. — La qualification d'entrave à la concurrence des accords comportant des clauses d'exclusivité suscite des difficultés du fait qu'en droit positif ces conventions ne sont pas interdites dans leur principe. La jurisprudence en reconnaît la validité en subordonnant leur opposabilité aux tiers à des conditions rigoureuses (54). La question est donc de savoir à quel titre ces conventions peuvent être déclarées illicites au regard de l'article 59 bis. Les réponses apportées par la Commission seront envisagées d'une part du point de vue des exclusivités ne comportant pas d'assiette territoriale déterminée et, d'autre part, du point de vue des exclusivités comportant une assiette territoriale déterminée.

#### A. — QUALIFICATION DES CONVENTIONS D'EXCLUSIVITÉ NE COMPORTANT PAS D'ASSIETTE TERRITORIALE DÉTERMINÉE

257. — Les conventions d'exclusivité ne comportant pas d'assiette territoriale déterminée ont très tôt été envisagées par la Commission. Il s'agit d'exclusivités d'approvisionnement ou de distribution, unilatérales ou réciproques (55). Lorsqu'une entente crée ou utilise une société spécialement chargée de la distribution des produits des adhérents, par exemple, le système est généralement complété par la conclusion de contrats entre chaque membre et la société de distribution; il s'agit parfois de mandats de vente exclusifs (56) ou de

(51) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974. Rapport pour 1974, p. 1207 ; supra n° 51 et s. ; la Commission se montre prudente dans les termes employés puisqu'elle parle d'accords « en quelque sorte verticaux ».

(52) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(53) Au regard du droit communautaire les conventions d'exclusivité sont, en effet, considérées comme des accords d'entreprises et entrent donc dans le champ d'application de l'article 85 (aff. « Grunding-Consten », décision du 23 sept. 1964, précitée)... sans qu'il s'ensuive nécessairement une condamnation (aff. Blondel et Jallate, Commission C.E. 8 juil. 1965, J.O.C.E. n° L. 131, 17 juil. 1965 ; 17 déc. 1965, J.O.C.E. n° 3, 6 janv. 1966).

(54) Sur cette question, H.-D. COSNARD, Concession exclusive et refus de vente, D. 1962. Chr. p. 237 ; Cl. CHAMPEAUD, La concession commerciale, Rev. trim. dr. com., 1963, p. 451 et s. ; F.-C. JEANTET, Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité, J.C.P. 1963. I. 1743 ; J. GUYENOT, Les conventions d'exclusivité de vente, Rev. trim. dr. com. 1969, p. 619 ; Droit de la distribution sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit., n° 290 et s.

(55) Il convient de souligner que ce type d'accords peut être complété par des exclusivités comportant une assiette territoriale (Aff. « Bois du Nord », du 17 déc. 1960 ; « Huiles usagées », du 28 mars 1973).

(56) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.

fourniture exclusive (57). Par le seul fait du regroupement des entreprises qui la composent, l'entente bénéficie d'une position de force sur le marché : il lui est donc relativement aisé de s'attacher la clientèle par le jeu de conventions d'exclusivité. Les primes de fidélité peuvent jouer, à cet égard, un rôle incitatif (58). De même, lorsqu'elle dispose de « solides points d'appui » (59) tels que des droits de propriété industrielle, la société distributeur des produits de l'entente n'a aucune difficulté à faire pression sur les entreprises désireuses d'obtenir l'usage de ces droits en insérant dans les contrats de licence une obligation d'approvisionnement exclusif auprès du concédant (60).

Inversement, lorsque l'entente est constituée entre des distributeurs, ce sont eux qui, en position de force, peuvent faire pression sur les fournisseurs (61). L'entente se présente alors comme un groupement d'achat, ce qui présente certains avantages face à des fournisseurs eux-mêmes regroupés : une exclusivité réciproque d'achat-vente peut renforcer les positions des deux contractants (62) (63).

L'examen des avis de la Commission montre quels sont les critères d'incrimination retenus à l'encontre des conventions d'exclusivité ne comportant pas d'assiette territoriale déterminée. On constatera que le reproche essentiel tient au fait que ces conventions portent atteinte au libre exercice de la concurrence par les tiers ; subsidiairement, la Commission retient également comme critère d'incrimination la limitation de la concurrence entre les entreprises, membres de l'entente, qui entraîne des distorsions de prix préjudiciables aux consommateurs.

## 1°) *ILLICÉITE TENANT À LA LIMITATION DE L'EXERCICE DE LA CONCURRENCE PAR LES TIERS :*

258. — La limitation de l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises n'est légalement considérée comme un critère d'en-

(57) Avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966.

(58) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(59) Rapport pour 1954-1955, p. 5.

(60) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955 ; sur la mise en œuvre de monopoles légaux d'exploitation, cf. *supra*, n° 251 et s.

(61) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 : l'entente était constituée entre des mareyeurs qui avaient obtenu des pêcheurs de Douarnenez et Camaret un droit exclusif à l'attribution de la totalité des cargaisons en contre-partie d'un prix minimum ; la pêche était ensuite répartie entre les membres du groupement sur la base de quotas pré-établis : les mareyeurs non membres du groupement ou ceux n'ayant pas accepté la part qui leur était réservée se trouvaient donc dans l'impossibilité de s'approvisionner.

(62) Avis « Importateurs de bois du Nord », du 17 déc. 1960 : les importateurs de bois du Nord s'engageaient à n'acheter que par l'intermédiaire d'un organisme suédois, présentant lui-même le caractère d'une entente qui, réciproquement, s'engageait à ne vendre qu'aux importateurs membres de la fédération.

(63) Sur l'utilisation des accords d'exclusivité de fourniture et d'approvisionnement dans une entente constituée entre deux groupes professionnels différents dont l'un domine l'autre, cf. les avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961 et « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

trave à la concurrence que depuis l'ordonnance du 28 septembre 1967 (64). C'est pourtant l'un des principaux griefs retenus à l'encontre des conventions d'exclusivité.

Lorsque l'entente fonctionne comme un groupement à l'achat ou la vente bénéficiant d'une exclusivité, la Commission condamne ainsi le caractère fermé du groupement qui élimine de la compétition les entreprises extérieures (65). La Commission ne nie certes pas les avantages qui peuvent résulter d'un tel système, notamment sur les plans de la rationalisation et de la simplification de l'organisation commerciale, mais ces effets bénéfiques ne peuvent être pris en considération qu'au titre de l'article 59 ter. La Commission estime qu'

« un tel groupement doit, pour être licite, être ouvert à tous tant à l'achat qu'à la vente et ne pas pratiquer de discriminations » (66).

L'accent est donc mis sur l'atteinte à la liberté de la concurrence des tiers : aussi porte-t-elle au crédit de l'entente le fait que les services soient assurés sans « exclusive à l'égard des producteurs extérieurs... qui peuvent en obtenir le bénéfice » (67).

259. — L'atteinte portée à l'exercice de la concurrence par les tiers est d'autant plus grave qu'elle émane d'une entente bénéficiant d'un « monopole » sur le marché, qu'il s'agisse d'un monopole légal d'exploitation que les exclusivités contribuent à renforcer abusivement ou d'un monopole de fait que les accords d'exclusivité créent au détriment des tiers. S'agissant des monopoles légaux d'exploitation, résultant de droits de propriété industrielle, la Commission estime qu'ils constituent une protection suffisante pour leur titulaires (68). Ils ne justifient pas que les membres prennent « des dispositions pour restreindre, par des procédés illégaux, (la concurrence) que les tiers peuvent leur faire » (69).

Au nombre de ces procédés illégaux figurent les exclusivités lorsqu'elles ont pour but manifeste de servir d'arme contre les concurrents. Cela ressort de la position adoptée dans l'affaire « Fil mousse de nylon ». L'entente, constituée entre des titulaires et concessionnaires des mêmes droits de propriété industrielle, avait institué un système de primes de fidélité et de qualité et de primes à l'exportation attribuées aux clients exclusifs de l'entente. L'avis condamne ces pratiques au motif que

« la condition d'exclusivité d'approvisionnement à laquelle est subordon-

---

(64) Les commentateurs de l'ordonnance se sont précisément demandé si ce nouveau critère visait les exclusivités, cf. R. PLAISANT et J. LASSIER, L'ordonnance n° 67-835 du 28 sept. 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence, précité.

(65) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Bois du Nord », du 17 déc. 1960.

(66) Avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960. Rapport pour 1960 à 1962, p. 13

(67) Avis « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(68) Supra, n° 251 et s. ; « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.

(69) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.



née l'attribution de primes ou de remises à la clientèle ne peut avoir pour but que d'empêcher celle-ci d'acheter les produits concurrents» (70).

Le jeu des conventions d'exclusivité peut également avoir pour conséquence la constitution d'un « monopole de fait » au bénéfice de l'entente. Par suite, des entreprises se voient abusivement exclues de la compétition. C'était le cas lors de l'affaire « Marché de la langouste » (71), et, plus récemment, de l'entente dans le secteur des « Huiles usagées » (72); à cette occasion la Commission a déclaré que

« si la passation de contrats d'exclusivité peut exceptionnellement être regardée comme licite sous certaines conditions, ces pratiques constituent une atteinte au fonctionnement normal du marché dès lors... qu'elles sont le fait d'une entreprise bénéficiant d'un quasi-monopole et surtout qu'elles s'intègrent... dans le cadre d'une politique tendant à l'instauration de conditions économiques artificielles au bénéfice de certains groupes professionnels » (73).

## 2°) *ILLICITE TENANT A LA LIMITATION DE L'EXERCICE DE LA CONCURRENCE ENTRE LES MEMBRES DE L'ENTENTE :*

260. — Si le grief essentiel encouru par les conventions d'exclusivité réside dans l'atteinte portée à la concurrence des tiers, la Commission leur reproche également l'atteinte portée à la liberté commerciale des membres. Dans le fait de donner à une société mandat exclusif de vendre ou d'acheter, et de respecter cette exclusivité (74), la Commission voit une limitation caractérisée à la libre concurrence industrielle et commerciale (75). Elle met, au contraire, au crédit de l'entente le fait que « la liberté d'action demeure entière au sein ou en marge de l'organisation de vente en commun » (76) ou que les services sont assurés « sans monopole à l'égard des membres de l'entente » (77).

(70) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 : la Commission condamne également la pratique consistant à céder les métiers permettant de produire le fil mousse aux seuls membres de l'entente et aux façonniers travaillant exclusivement pour elle tandis que, parallèlement, l'entente s'efforçait d'empêcher l'importation de métiers concurrents, entraînant de sérieuses difficultés d'équipement en matériel moderne pour les dissidents.

(71) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.

(72) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(73) La commission de la concurrence a estimé, pour sa part, que la licéité des accords d'approvisionnement exclusif devait s'apprécier en fonction de la structure du marché ; les clauses d'exclusivité d'approvisionnement peuvent entraîner une « grave restriction de concurrence » lorsqu'elles sont imposées par des groupements détenant une part considérable du marché ; le droit français tend ainsi à se rapprocher du droit communautaire (cf. les avis « Publicité sur les abribus et le mobilier urbain », du 23 févr. 1978 et « Commercialisation des briquets non rechargeables », du 11 mai 1978).

(74) Les conditions d'exclusivité ne sont quelquefois pas appliquées (avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966).

(75) Avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958.

(76) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960.

261. — La raison de cette condamnation des restrictions à la liberté commerciale des membres est liée à l'absence de concurrence par les prix résultant de ces pratiques. La Commission estime, en effet, que

« l'existence d'un mandat de vente exclusif, et le bénéfice assuré à toutes les usines d'un prix de vente moyen (78) (ou) uniforme (79) sont, par eux-mêmes, de nature à faire obstacle à l'abaissement du prix de vente et au jeu de la concurrence ».

Les exclusivités, permettant la constitution d'un monopole de fait sur le marché, ont pour conséquence

« d'assurer au groupement tant la maîtrise du prix qu'il consent (aux fournisseurs) que le contrôle du prix de revente » (80).

La Commission a également jugé que, lorsque l'attribution de primes de fidélité et remises diverses est subordonnée à une condition d'approvisionnement exclusif,

« l'application de cette condition est susceptible de provoquer des majorations discriminatoires de prix non justifiées par la hausse correspondante des prix de revient » (81).

262. — En définitive, il est donc reproché aux conventions d'exclusivité de porter atteinte aux intérêts des consommateurs. Cette idée est sous-jacente à l'avis « Armateurs et transitaires » : les transitaires ayant l'obligation de réserver aux armateurs la totalité du trafic dont ils disposaient, sous peine de se voir refuser le versement des commissions professionnelles, la Commission a estimé que

« le transitaire est conduit, sous peine de perdre la commission professionnelle, à sacrifier, le cas échéant, à ses propres intérêts d'adhérent au protocole les intérêts des chargeurs dont il est le mandataire ».

Elle conclut que « l'entente résultant du protocole tend à dénaturer le mandat du transitaire... elle tombe sous le coup de l'article 59 bis » (82).

En extrapolant la formule, on peut dire que les conventions d'exclusivité d'achat ou vente ne sont pas illicites par elles-mêmes, mais qu'elles encourent la qualification d'entrave à la concurrence chaque fois qu'elles sont utilisées dans un sens qui en dénature la portée en servant d'arme contre les dissidents, en freinant la concurrence entre les membres de l'entente d'une façon préjudiciable aux consommateurs, c'est-à-dire le plus souvent en exerçant un effet défavorable sur les prix.

(77) Avis « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(78) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960.

(79) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 : la Commission précise que le fait que l'exclusivité ne soit pas respectée n'a pas d'influence sur l'existence de l'infraction.

(80) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.

(81) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(82) Avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961.

## B. — QUALIFICATION DES CONVENTIONS D'EXCLUSIVITE COMPORTANT UNE ASSIETTE TERRITORIALE DETERMINEE — ZONAGES :

263. — Il arrive assez fréquemment que la répartition du marché entre les membres de l'entente se réalise au moyen d'un partage géographique, chaque entreprise se voyant affecter une zone de vente déterminée dans laquelle elle se trouve seule. Très tôt, la Commission a été appelée à se prononcer sur ce type de pratiques. Ses positions sur ce problème ont cependant évolué au cours des années. Jusqu'en 1974, en effet, le problème est envisagé sous un angle général : il s'agit essentiellement de se prononcer sur la licéité de pratiques aboutissant à une répartition géographique des marchés à l'occasion d'ententes mettant en œuvre, dans le même temps, d'autres sortes de pratiques anticoncurrentielles. Ce n'est qu'en 1974 que la Commission a envisagé d'une manière spécifique la question de la licéité, au regard de l'article 59 bis, des clauses d'exclusivité territoriale.

### 1°) CRITERES D'INCRIMINATION RETENUS PAR LA COMMISSION JUSQU'EN 1974

264. — Le problème de la licéité des partages géographiques de marché s'est posé pour la première fois dans l'affaire « Levure de panification » (83). L'accord d'entente prévoyait un certain nombre d'obligations relatives au contingentement de la production, à l'identité des prix et conditions de vente et affectait à chaque usine une zone de vente déterminée. A cette organisation horizontale, au niveau de la production, s'ajoutait une organisation verticale de la distribution, qui, selon l'avis, ne constituait pas une entente spéciale mais découlait directement des mesures prises au stade de la production. Cela se traduisait par la limitation du nombre des négociants et l'affectation à chacun d'une zone exclusive de revente. La Commission a condamné, en premier lieu, le partage géographique institué entre les producteurs dans la mesure où il renforçait l'effet du partage quantitatif. Examinant, ensuite, les effets du partage géographique entre les négociants, elle a estimé réalisée l'entrave à la concurrence car

« le monopole de fait conféré par l'entente au distributeur unique de chaque secteur place les utilisateurs sous la dépendance étroite d'un seul négociant et ne leur permet de discuter utilement ni des prix, ni de la qualité des services ».

265. — L'accent est plutôt mis sur l'atteinte à la liberté de choix du fournisseur par le consommateur que sur les restrictions

---

(83) « Levure de panification », 1er avis du 24 sept. 1955.

à la liberté de concurrence des tiers (84). Il semble donc que le grief essentiel de la Commission soit lié au dirigisme professionnel dont fait preuve l'entente. On retrouve les mêmes reproches dans l'affaire « Matériaux de viabilité » (85), par exemple ; la répartition géographique est condamnée au motif qu'elle

« met un obstacle réel à la libération des échanges, la frontière contractuelle étant scrupuleusement respectée par les parties ;

« favorise surtout dans la zone sud de l'entente, des livraisons à longue distance onéreuses, que la suppression de la frontière contractuelle tendrait à réduire ;

« empêche les utilisateurs de matériaux opérant dans la zone d'entente de choisir librement en fonction des prix et des qualités entre les matériaux produits par les entreprises signataires ».

266. — L'effet néfaste des pratiques sur les prix qui constituait avant la réforme de 1967 le seul critère d'incrimination, n'est évoqué qu'à titre subsidiaire. L'avis relatif à l'entente dans l'« Industrie du sel » (86) retient ainsi, à titre principal, le fait que le partage géographique a abouti à la disparition de toute concurrence à l'intérieur des zones définies par l'accord et, à titre secondaire, l'effet éventuel de hausse qui peut en résulter :

« en supprimant toute concurrence à l'intérieur tout au moins du champ d'activité de chaque entente régionale et en établissant des prix de vente indépendants du prix de revient de chaque producteur (ce mécanisme) est de nature à favoriser la hausse artificielle des prix ; les ententes tombent donc sous le coup des dispositions précitées ».

267. — La question s'est posée, cependant, de savoir si des circonstances de fait ne pouvaient faire échapper la pratique des zonages à la prohibition : la nature du produit, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une matière pondéreuse. La Commission admet, en

---

(84) On pourrait faire observer cependant que ce découpage en zones exclusives de vente a des effets bénéfiques ; l'entente « Levure de panification » invoquait d'ailleurs, au titre de l'article 59 ter, la rationalisation des circuits commerciaux et la diminution du nombre des intermédiaires ; la Commission a effectivement admis qu'il s'agissait là de mesures « souhaitables » mais qu'elles « ne sauraient toutefois aller jusqu'à l'affectation autoritaire de chaque client à un fournisseur unique et jusqu'à l'imposition d'une marque de produit », infra n° 539 et s.

(85) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960 : l'entente avait simultanément recours à un partage quantitatif et géographique des fournitures à livrer dans cinq départements du Nord de la France.

(86) Avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962 : l'entente était fondée sur un découpage du territoire national en cinq zones régionales. Dans quatre d'entre elles, les producteurs étaient groupés dans des comitoids de vente, toute concurrence étant exclue entre producteurs d'un même groupe. Dans la cinquième zone, les producteurs des différentes régions avaient constitué un groupement assurant en cas de récolte déficitaire le ravitaillement dans la zone de l'Ouest, prévoyant le versement, le cas échéant, d'indemnités aux producteurs, la concurrence par les prix étant de surcroît abolie dans cette zone pour le sel le plus rémunérateur (destiné à l'alimentation humaine).



effet, que cet élément est en lui-même de nature à restreindre la concurrence :

« l'organisation géographique du marché ainsi établie... ne pouvait avoir que des effets limités sur l'ensemble du marché des agrégats de la région parisienne, eu égard à la circonstance que le coût du transport des agrégats détermine des zones naturelles entre lesquelles la circulation du produit est restreinte ».

Cela ne suffit pourtant pas à justifier une entente qui a

« eu pour objet pour effet de limiter la concurrence, notamment sur les limites des zones ainsi définies » (87).

Il semble donc que la Commission tienne pour contestable l'abolition ou la diminution de la concurrence à l'intérieur des zones, plutôt que la répartition géographique en elle-même (88).

## 2°) CRITERES D'INCRIMINATION RETENUS PAR LA COMMISSION A PARTIR DE 1974

268. — A partir de 1974, la Commission a dû se prononcer nettement sur la qualification d'entente des clauses d'exclusivité territoriale insérées dans des accords verticaux ; jusqu'alors la question ne s'était pas présentée ou la Commission avait évité de la poser. L'affaire « Fiorio » (89) a permis d'éclairer la matière. Il s'agissait d'une entente à structure verticale constituée entre une entreprise concédante et le réseau de concessionnaires de ses procédés de préfabrication. Le contrat de franchise industrielle (90) conclu par l'entreprise concédante avec chacun de ses concessionnaires conférait à ce dernier le droit exclusif d'implanter des unités de préfabrication et des chantiers de construction dans un territoire déterminé. L'avis a admis que le faisceau de conventions bilatérales conclues entre la société concédante et chaque concessionnaire constituait une entente (91) qu'il s'agissait de qualifier au regard de l'article 59 bis. La Commission souligne que les concessionnaires, juridiquement des tiers les uns par rapport aux autres, ont cependant l'obligation de ne pas se concurrencer mutuellement afin de ne pas porter atteinte au monopole d'exploitation dont chacun dispose sur son territoire. Il en résulte que

« chaque concessionnaire, du fait de l'existence, qu'il ne peut ignorer, de ces stipulations dans tous les contrats de concession, bénéficie d'une protection géographique dont le caractère absolu n'est tempéré que par la faculté d'accorder certaines dérogations dont la société s'est réservé l'usage ».

(87) Avis « Producteurs et négociants d'agrégats de la région parisienne », du 5 juil. 1967.

(88) Dans le même sens, X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, *Le droit français de la concurrence*, op. cit., p. 83.

(89) Avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(90) Cf. Dossiers Brevets 1976. III, n°2.

(91) Supra, n° 160.

269. — On voit ainsi apparaître pour la première fois en droit français la notion de « protection territoriale absolue » bien connue du droit communautaire depuis la célèbre affaire Grundig (92). De même, on ne saurait manquer de faire un rapprochement entre la position de la Commission et le mouvement jurisprudentiel amorcé en France par l'arrêt Seneclauze, rendu par la Chambre criminelle le 21 mars 1972 (93). Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si le contrat de concession exclusive pouvait justifier un refus de vente. La Cour de cassation a répondu par la négative, reprochant au dispositif en cause d'aboutir à une « suppression totale de la concurrence dans le secteur considéré » et de constituer une atteinte volontaire au jeu concurrentiel. Or, le principe a déjà été posé que des pratiques procédant « d'une limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique ne sauraient justifier un refus de vente » (94). Outre l'abolition de la concurrence dans le secteur bénéficiant d'une protection territoriale absolue, la Commission retient, pour sa part, l'atteinte portée au libre choix du fournisseur par le consommateur :

« l'ensemble de ces contrats forme un dispositif de concertation auquel se heurteraient les maîtres d'ouvrages qui, intéressés par l'utilisation des procédés Fiorio, entendraient mettre en concurrence plusieurs concessionnaires et choisir le plus apte ou le mieux-disant ; ce dispositif ayant pour objet de faire obstacle à la concurrence entre concessionnaires, tombe sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis » (95).

On doit remarquer, par ailleurs, que si le droit communautaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation, en 1972, et la Commission, en 1974, semblent animées d'une même inspiration, les solutions retenues sont contraires à celles admises par l'ensemble de la jurisprudence commerciale ; l'arrêt de la chambre criminelle, considéré comme un « durcissement » pouvant conduire à des dysharmonies jurisprudentielles, a été vivement critiqué par la doctrine (96). La crainte a été exprimée qu'une conception « communautaire » des accords comportant exclusivité aboutisse à les interdire ou à les limiter d'une manière excessive ; il serait souhaitable de réserver l'annulation de ces conventions à celles qui procéderaient de l'esprit de limitation volontaire de la concurrence que condamne la législa-

(92) Grundig, C.J.C.E., aff. 56-64 et 58-64, Rec. 1966. XII. 4, p. 429.

(93) Cass. 21 mars 1972, J.C.P. 1972. II. 17223, note P.L. et éd. C.I. 1973. 10878 note H. GUERIN.

(94) Arrêt Brandt, Cass. crim. 11 juil. 1962, J.C.P. 1962. II. 12799.

(95) L'avis n'exclut toutefois pas la possibilité d'une justification éventuelle de la clause de territorialité par le jeu de l'article 59 ter ; un tel bénéfice ne pourrait être accordé qu'à une clause limitant la concurrence dans la mesure strictement indispensable à la réalisation du progrès envisagé : l'avis recommande de limiter la portée de la clause de territorialité de telle manière qu'elle permette la subsistance d'une certaine concurrence aux confins de deux zones (infra, n° 625).

(96) Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit., n° 308.

tion économique. La question est de savoir si le fait pour un concédant d'accorder à l'ensemble de ses concessionnaires une protection territoriale absolue ne constitue pas, précisément, une manifestation de cette intention (97). C'est au moins ce qu'admet la Commission. Apparue en 1974, cette idée était d'ailleurs sous-jacente aux avis antérieurs : ainsi comprend-on qu'aient été condamnées des pratiques « supprimant tout concurrence à l'intérieur du champ d'activité d'une entente régionale » (98) ou ayant « pour objet et pour effet de limiter la concurrence sur les limites des territoires définis par l'entente » (99). L'examen de la situation conférée aux membres d'une entente par un système d'exclusivité territoriale permet, en effet, d'apprécier l'étendue de l'entrave à la concurrence. Une protection territoriale absolue, conférant à son bénéficiaire une sorte de monopole contractuel d'exploitation, constitue par hypothèse même une entrave à la concurrence. Il en résulte une double limitation du jeu concurrentiel : limitation du nombre des concurrents appelés à intervenir sur le marché (100), limitation de l'exercice de la concurrence à l'intérieur même de l'entente. L'accent semble toutefois mis essentiellement sur la limitation du libre exercice de la concurrence entre les membres de l'entente et sur les conséquences qui en résultent pour les consommateurs contraints de s'adresser à un fournisseur qu'ils n'ont pas choisi.

270. — L'affaire récente des « Détenteurs de bancs Bee-line » (101) remet en question l'évolution qui semblait se dessiner (102). Il s'agissait, en l'espèce, d'un importateur de bancs de redressage de chassis automobiles et de l'ensemble des acheteurs de ce matériel nouveau en France, regroupés au sein d'un « Club Bee-line » à l'invitation et avec la participation active de leur vendeur. Dans chaque contrat de vente, le vendeur s'engageait, au profit de l'acheteur, à ne pas vendre ou exploiter un matériel identique dans une certaine zone et pour une durée généralement indéterminée. L'avis a estimé que le système d'exclusivité tombait sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence :

« considérant que le système d'exclusivité territoriale a pour objet ou pour effet de limiter le nombre des exploitants... qu'en outre et en raison du coût élevé du remorquage entre le lieu de l'accident et celui de la réparation, ce système a pour effet de limiter le plus souvent le choix du client à un seul réparateur, celui sur le territoire duquel s'est produit l'accident, et d'assurer ainsi à ce dernier une *forte protection géographique* ; que dès lors l'ensemble de ces engagements d'exclusivité

---

(97) Infra, titre 3.

(98) Avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962.

(99) Avis « Agrégats de la région parisienne », du 5 juil. 1967.

(100) La limitation numérique du nombre des concurrents est un grief que l'on rencontre déjà dans l'avis « Levure de panification », du 24 sept. 1955.

(101) Avis « Entente entre des détenteurs de bancs « bee-line » de redressage de chassis de véhicules », du 17 déc. 1976.

(102) Avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

*forme un dispositif de concertation qui limite le nombre des exploitants... et la concurrence entre eux et tombe dès lors sous le coup de l'alinéa 1<sup>o</sup> de l'article 59 bis ».*

La référence à la notion de « forte protection géographique » est, cependant, délicate à interpréter. La solution paraît plus sévère que celle qui condamnait les systèmes accordant une protection territoriale absolue. La distinction à effectuer est, peut-être, celle entre les systèmes accordant une protection territoriale absolue dont le caractère anticoncurrentiel est trop marqué pour permettre un « rachat » au titre de l'article 59 ter et les systèmes accordant une protection territoriale relative, quoique forte, qui pourront éventuellement être validés en raison de leurs effets bénéfiques.

La Commission juge donc nocifs les partages géographiques de marché réalisés par l'affectation de zones exclusives aux entreprises membres de l'entente ou qui en dépendent. Les conventions d'exclusivité accordant une protection territoriale absolue ou forte seront toujours qualifiées d'entrave à la concurrence (103) ; elles ont, en effet, le plus souvent un effet de monopole obtenu par un renforcement du cloisonnement des marchés, contribuent à aggraver ou à renforcer la rigidité des structures et, subsidiairement, peuvent avoir une influence néfaste sur les prix. Limitant le nombre des concurrents elles s'opposent à l'entrée d'autres entreprises dans la compétition et freinent la concurrence entre les membres de l'entente, plaçant les consommateurs dans la dépendance d'un fournisseur unique. En qualifiant d'entrave à la concurrence les exclusivités territoriales, par référence à l'étendue de la protection accordée à leur bénéficiaire, la Commission se rapproche des solutions communautaires. Cela ne doit pas surprendre dans la mesure où elle a toujours été favorable à une harmonisation des règles françaises et européennes en matière de concurrence.

..

271. — Ainsi, l'appréciation de la licéité des barrières résultant de la mise en œuvre de monopoles d'exploitation a-t-elle posé à la Commission des problèmes difficiles à résoudre, dans la mesure où l'entente se fonde sur une protection juridique. La réponse, dans l'hypothèse d'un monopole légal, voire d'un monopole conventionnel, nous paraît devoir être recherchée dans le recours à la notion d'abus de droit : ce n'est donc pas le droit en lui-même qui est condamnable, mais l'utilisation qui en est faite. La difficulté consiste alors à déterminer le critère de l'abus. Bien évidemment, l'intention de nuire constituera un premier critère (104) mais il est insuffisant dans la mesure où l'entente a rarement des objectifs aussi répréhensibles. On peut, toutefois, aller plus loin et s'inter-

- (103) Les secondes peuvent bénéficier du « rachat », cf. infra, n° 625.

(104) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.



roger sur l'admissibilité du critère tiré du détournement du droit de sa finalité sociale. On sait que le domaine d'application de ce critère est limité, en droit français, au droit commercial, et, plus spécialement, au droit des sociétés (105). Il nous paraît présenter un intérêt particulier en droit économique. Si l'on s'interroge sur la finalité du droit des ententes, et, plus généralement, du droit de la concurrence, on constate qu'il est destiné à assurer le maximum d'efficience à notre système d'économie de marché dans le double objectif de préserver l'existence d'une pluralité de compétiteurs rivalisant loyalement, et de permettre l'amélioration des structures industrielles et commerciales (106).

Dans ces conditions, la protection juridique dont bénéficie le titulaire d'un droit conférant un monopole légal d'exploitation ou le créancier d'une obligation d'exclusivité, doit être limitée à la protection indispensable à la réalisation d'objectifs qui profitent non seulement aux entreprises en entente mais à la collectivité dans son ensemble. Une protection excessive, résultant de l'utilisation de cette protection juridique dans un but exclusivement égoïste, ne peut être tolérée : le grief retenu à l'encontre de l'entente dans l'industrie du magnésium réside dans la constatation que « les éléments des contrats de licence contribuent à protéger à tous les degrés les participants à l'entente » (107) ; la Commission reproche aux clauses de territorialité de conférer à leur titulaire une « protection territoriale absolue » (108). La notion d'abus de monopole, légal ou conventionnel, constituerait alors le fil directeur de cette « jurisprudence » : l'abus serait caractérisé par la mise en œuvre d'une protection excessive, l'excès étant révélé par la non conformité à l'intérêt général (109). On retrouve, une fois encore, les éléments d'appréciation traditionnels de la conformité à l'intérêt collectif : les rentes résultant de l'innovation seront admises, les rentes de situation sont toujours hautement répréhensibles.

Pareille interprétation dépasse la simple exégèse des avis. Nous la croyons conforme à l'esprit d'une réglementation qui conserve, à juste titre, une inspiration dirigiste dans la mesure où elle retient la primauté de l'intérêt général et, par suite, ne considère pas la liberté des contrats comme une fin en soi.

(105) A. PIROVANO, *op. cit.*, p. 68.

(106) Le droit des ententes apparaît ainsi comme une branche particulière du droit de la concurrence dont « l'objet final » est de « favoriser l'émergence et le fonctionnement de marchés libres, et l'apport au consommateur de sa juste part des gains de productivité » (circulaire Scrivener, *op. cit.*, p. 9).

(107) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.

(108) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(109) Le droit français paraît, ici, très proche du droit communautaire, cf. J. M. MOUSSERON, L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention, *op. cit.*, p. 363 ; la référence à la notion d'abus de monopole a, toutefois, été supprimée par la loi n° 68-1 du 2 janv. 1968 ; cette suppression destinée à faciliter l'obtention de licences obligatoires, ne diminue aucunement la portée du raisonnement de la Commission.

## SOUS-TITRE II

---

### ENTRAVE A LA CONCURRENCE PAR LIMITATION DE LA LIBERTE D'ACTION DES COMPETITEURS

272. — Le comportement des entreprises peut constituer un frein à la concurrence si elles s'entendent pour altérer le rythme de la compétition. La concurrence implique, en effet, une rivalité des entreprises sur le marché s'exprimant par des stratégies adaptées à leurs objectifs : croître à tel rythme, détenir telle part de marché. Divers moyens d'action sont à la disposition des entreprises pour y parvenir, compte tenu de la situation du marché. La concurrence agressive par la production intensive sera facilitée, pour des industries jeunes, par une expansion de la demande rendant possible la mise en place temporaire de capacités excédentaires. La guerre des prix constitue, par ailleurs, l'instrument traditionnel par excellence de la compétition portant sur des produits fongibles ou largement substituables. Très souvent, cependant, les entreprises sont amenées pour des raisons diverses à préférer l'entente, qui leur confère un certain pouvoir de monopole collectif, à une situation de conflit. Des pratiques sont, alors, mises en œuvre pour freiner, temporairement ou durablement, le rythme de la compétition en limitant la liberté d'action des adhérents. Ces freins peuvent être mis en place à plusieurs niveaux.

273. — On obtient une altération de la compétition en émousant son objet, par la limitation globale du volume d'activité des adhérents, ses armes, par la suppression de la lutte des prix, ou encore ses résultats, par la suppression des profits qui résulteraient normalement de la concurrence entre les entreprises.

Les pratiques freinant ou interdisant les mutations de clientèle entre les membres de l'entente permettent d'aboutir à cette suppression des profits. L'exemple le plus intéressant de ce type d'action est celui des « ententes professionnelles dans le domaine de la publicité » (1). Il était prévu, en l'espèce, qu'au cas où l'un des membres de l'entente accepterait de recevoir les commandes du client d'un autre intermédiaire, le premier verserait au second une indemnité dite « de dépossession » d'un montant très élevé (2), variant en fonction de l'ancienneté de la clientèle. Cette indemnité était obligatoire et, en cas de conflit, un recours obligatoire auprès d'une « commission d'arbitrage », véritable juridiction professionnelle, était également prévu. La Commission a estimé que

« dans sa conception et dans sa mise en œuvre, l'indemnité de dépossession met, au premier chef, obstacle à la libre concurrence et exerce une action sur les prix ; en effet, en raison de ses taux élevés et de son caractère obligatoire... elle tend à freiner ou à interdire les mutations de clientèle ».

Cette indemnité était due, en effet, quels que soient les motifs du changement ; or, celui-ci pouvait résulter d'un choix du client justifié par une appréciation défavorable des services du premier intermédiaire. C'est pourquoi la Commission a rejeté l'argument selon lequel l'indemnité ne représentait qu'une sorte de réparation du préjudice subi du fait de la perte du client. Elle y a vu, au contraire, « une sanction quasi-forfaitaire applicable à tout changement de clientèle ».

Il est intéressant de relever que la Commission n'est pas hostile à une réelle indemnisation de l'intermédiaire qui serait « injustement privé » du fruit de ses travaux : il en serait ainsi, notamment, si la dépossession résultait d'une faute d'un concurrent (3). En l'absence de toute faute, il n'y a, en revanche, aucune raison d'interdire les mutations de clientèle :

« l'affirmation d'un droit à la clientèle conçu dans un sens aussi étroit est directement contraire au principe de la libre concurrence ».

L'avis précise les griefs à l'encontre de ces interdictions. Elles constituent, d'une part, une atteinte à la liberté du choix des fournisseurs par le client : or, la Commission estime qu'il y a lieu de faire prévaloir l'entière liberté des consommateurs qui doivent pouvoir changer de fournisseurs, s'ils le désirent, et rechercher le meilleur prix du service rendu ainsi que le meilleur prestataire de ser-

---

(1) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958.

(2) L'indemnité était, en principe, égale au montant des commissions dont l'intermédiaire avait bénéficié pendant les douze derniers mois sur les ordres passés par lui pour l'affaire en cause.

(3) On peut rapprocher cette position des solutions traditionnellement appliquées en matière de concurrence déloyale, où la faute joue un rôle important (cf. Rép. dr. com., Dalloz, T. II. V<sup>o</sup> Concurrence déloyale).

vices. Cette indemnité de dépossession constitue, d'autre part, une très lourde charge pour celui qui doit la verser, ce qui peut l'inciter soit à majorer le prix de ses services, soit à en diminuer la qualité.

274. — En définitive, les critères de l'entrave à la concurrence résident dans la cristallisation du marché, résultant de l'immuabilité du droit à la clientèle et de l'atteinte à la liberté de choix des clients et, subsidiairement, dans l'effet néfaste que ces pratiques peuvent éventuellement avoir sur les prix. On observera l'importance de l'élément intentionnel qui, à lui seul, justifie la condamnation des pratiques (4). Les « Usiniers de nettoyage à sec » (5) avaient imaginé une organisation de défense de la profession, en réaction contre une situation économique difficile. Il était notamment prévu l'obligation pour les usiniers de se consulter au cas où l'un de leurs clients désirerait changer de fournisseur. Bien que le système de protection mis en place n'ait eu aucune efficacité, la Commission a condamné des pratiques correspondant uniquement « à un souci de protection des situations acquises et à une véritable cristallisation du marché ».

275. — De telles pratiques sont donc condamnées en fonction de leur incidence néfaste sur les prix mais surtout parce que, en interdisant aux adhérents de lutter pour la conquête de nouveaux clients et aux clients de s'adresser au fournisseur de leur choix, elles contribuent à cristalliser le marché et à renforcer la rigidité des structures. D'autres types de comportements encourent les mêmes reproches. Il s'agit, d'une part, de ceux qui limitent la liberté d'action des membres de l'entente en matière de production (chapitre 1) et en matière de prix (chapitre 2).

---

(4) Infra, n° 393 et s.

(5) Avis « Usiniers réunis du nettoyage à sec », du 21 févr. 1969.



## CHAPITRE I

### LIMITATION DE LA LIBERTE D'ACTION EN MATIERE DE PRODUCTION

276. — La question se pose de savoir si les pratiques par lesquelles les entreprises en entente limitent la liberté d'action en matière de production tombent sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence édictée par l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945. A travers les avis l'on constate, en effet, que l'excès d'activité est souvent considéré comme néfaste par les producteurs. Les accords d'entente tendent à y remédier par des mesures destinées à limiter globalement le volume des affaires du groupement. Les systèmes de quotas réalisent cet objectif. Nous envisagerons leur caractère licite ou illicite en distinguant deux sortes de pratiques : d'une part, les clauses de quotas proprement dites, qui contingentent la production ou les ventes (section 1), et, d'autre part, les mécanismes divers destinés à en assurer le respect (section 2).

#### SECTION 1

#### QUALIFICATION D'ENTRAVE A LA CONCURRENCE DES CLAUSES DE QUOTAS

277. — Distinctes des clauses de minima (1), les clauses de quotas consistent à assigner à chaque producteur membre de l'entente un

---

(1) Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, op. cit., n° 198.

pourcentage dans la production, la vente ou l'approvisionnement. Ces clauses sont particulièrement fréquentes dans les accords d'entente. Il est intéressant de montrer à quels objectifs elles répondent (§ 1) avant d'en examiner la qualification par la Commission au regard de l'article 59 bis (§ 2).

## § 1. — Pratique des clauses de quotas

278. — La pratique des clauses de quotas correspond à des objectifs économiques divers. Parfois utilisées pour servir de support à des accords de spécialisation (2), elles assurent plus souvent une répartition quantitative de la production, des approvisionnements ou des ventes entre les membres de l'entente.

279. — Les quotas de fabrication ou de production se retrouvent fréquemment (3), sous diverses dénominations : quantum (4), droits de production (5), parts d'activité (6), programmes de réalisation (7) ou encore « droits professionnels au travail » (8). Ils sont généralement établis par référence à la place qu'occupaient les entreprises à un moment donné, soit au moment où le contrat d'entente est conclu (9), soit par référence à la situation respective des

---

(2) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Fils et câbles électriques », du 19 janv. 1957.

(3) Avis : « Savon de ménage », du 23 avr. 1955 ; « Lampes électriques », des 26 mai 1956 et 22 avr. 1966 ; « Fils et câbles », des 19 janv. 1957 et 17 mai 1963 ; « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 ; « Verre plat », des 23 nov. 1957 et 21 nov. 1964 ; « Bandes transporteuses », du 7 juil. 1958 ; « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960 ; « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 ; « Semoulerie », du 22 févr. 1964 ; « Industrie du jute », des 19 déc. 1964 et 18 juin 1971 ; « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », des 20 janv. et 7 juil. 1967 ; « Lin et chanvre », du 22 sept. 1967 ; « Explosifs industriels », du 27 mai 1966 ; « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969 ; « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969 ; « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969 ; « Aciers étirés », du 20 févr. 1970 ; « Tubes en chlorure de polyvinyle rigide », du 17 oct. 1973.

(4) Avis « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968.

(5) 1er avis « Aciers étirés », du 16 déc. 1961 ; « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(6) Avis « Articles de visserie », du 18 déc. 1965 ; « Explosifs industriels », du 27 mai 1966.

(7) Avis « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969.

(8) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 : il existait d'ailleurs en l'espèce une réglementation restrictive de la concurrence dans cette branche limitant l'activité des moulins par la fixation de contingents de mouture et de droits d'écrasement ; divers textes avaient prévu des accroissements d'activité mais l'entente avait fixé les droits professionnels au travail, aggravant les dispositions en vigueur et empêchant les meuniers de profiter de l'accroissement d'activité prévu par les textes.

(9) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 : les contractants ayant établi pour chacun son coefficient d'activité commerciale par rapport à l'activité globale de la profession se garantissent le maintien de ces coefficients.

membres antérieurement à l'entente (10). Ils peuvent aussi être calculés en fonction des moyens de production respectifs, comme dans l'affaire « Fils et câbles électriques » (11) ou dans l'entente « Industrie du jute », où l'établissement des quotas était fonction des possibilités techniques, des moyens de productions ou de la capacité des usines (12).

Les quotas de production peuvent avoir pour but non de maintenir les positions acquises mais au contraire d'aboutir à un « renversement des positions quantitatives respectivement occupées par les deux entreprises sur le marché » (13).

Les quotas peuvent, enfin, se dissimuler sous les statistiques périodiquement établies afin d'informer les adhérents de la situation du marché (14).

280. — Les quotas peuvent avoir pour objet la répartition non plus des fabrications mais des approvisionnements (15), lorsque le marché n'est pas entièrement libre, notamment lorsqu'une industrie est tributaire de l'étranger (16) et lorsque des autorisations d'importation sont nécessaires (17) (18). Le contingentement des approvisionnements peut également être utilisé par les membres d'une entente qui s'est assuré un droit exclusif sur la totalité de la production lorsque le produit est périssable, et le marché saisonnier et sujet à des variations (19).

(10) La période de référence est entendue plus ou moins largement selon les cas (cf. les avis « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Bandes transporteuses », du 7 juil. 1958).

(11) Avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(12) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964.

(13) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.

(14) Cf. les deux avis « Aciers étirés », des 16 déc. 1961 et 20 févr. 1970.

(15) Avis « Sucres dénaturés », des 2 oct. et 27 nov. 1970 : le protocole d'accord prévoyait la répartition, sous forme de quotas, des contingents de sucre à dénaturer alloués par le Groupement National Interprofessionnel de la Betterave et de la Canne à sucre, organisme créé par décret et chargé d'exécuter la politique du gouvernement en matière de sucre.

(16) Cf. en particulier l'avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 : un groupement d'importation avait confié à la chambre syndicale une mission de répartition du métal sous l'autorité de la direction compétente du ministère de l'industrie ; ainsi, les producteurs de demi-produits en métaux cuivreux se répartissaient-ils les livraisons de métal brut effectuées par le centre de distribution du cuivre en fonction de quotas établis conventionnellement entre les adhérents ; en l'espèce, cette répartition des approvisionnements était d'ailleurs complétée par l'établissement de quotas de fabrication.

(17) 1er avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(18) Les quotas d'approvisionnement peuvent subsister après la suppression du contingentement des importations, dans le but d'en atténuer les effets (avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960).

(19) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.

281. — Il faut enfin citer ici les quotas ou contingents portant sur les ventes ou les commandes (20), car la restriction des ventes se répercute au niveau de la production dont elle constitue une limitation indirecte (21). La répartition des commandes est d'ailleurs parfois effectuée en fonction de la capacité de production (22) ou des quotas de production ou de fabrication (23), même lorsque ceux-ci ont été supprimés (24). Les contingents de vente peuvent également être calculés en fonction des positions antérieures des participants ou du chiffre d'affaires de l'année précédant les accords, prise comme année de référence (25), ou d'une fraction du chiffre d'affaires global réalisé par l'ensemble des contractants sur un certain territoire (26).

## § 2. — Appréciation du caractère anticoncurrentiel des clauses de quotas

282. — Le problème de la qualification des clauses de quotas au regard de l'article 59 bis s'est, très tôt, posé à la Commission. De l'ensemble de ses travaux, on peut retenir qu'elle formule une condamnation de principe à l'encontre des quotas en admettant une atténuation en présence de quotas « souples ».

### A. — ILLICÉITE DE PRINCIPE DES QUOTAS

283. — Dès son premier avis, la Commission a condamné les clauses de quotas avec beaucoup de fermeté :

« la fixation de quotas de fabrication tend à limiter le plein exercice de la concurrence ; même si la stabilité des productions ainsi recherchée permet certaines économies de frais généraux, l'institution de pénalités progressives en cas de dépassement des quotas fait obstacle à l'abaissement des prix de revient et constitue même un facteur de hausse ; ainsi les conditions de l'article 59 bis se trouvent réalisées en l'espèce » (27).

Les quotas sont critiqués en fonction de leur effet néfaste sur les prix. Or, cette analyse est contestable du point de vue économique,

---

(20) Cf. par exemple les avis : « Levures de panification », du 24 sept. 1955 ; « Tubes d'acier », du 1<sup>er</sup> avr. 1960 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965 ; « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965 ; « Emballages légers en bois de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966.

(21) J. CONRAD, Les ententes de répartition de marché en droit français et allemand comparé, thèse 3<sup>ème</sup> cycle, Dijon 1975, p. 70.

(22) Avis « Tubes d'acier », du 1<sup>er</sup> avr. 1960.

(23) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960.

(24) Avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960.

(25) Avis « Emballages en bois de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966.

(26) 2<sup>ème</sup> avis « Industrie des lampes », du 22 avr. 1966.

(27) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955.



ainsi que le remarquent MM. Weber et Jenny (27 bis) tout en admettant que la Commission était tenue de formuler ses critiques en termes d'influence sur les coûts puisque l'effet défavorable sur les prix était le seul critère d'incrimination prévu par l'article 59 bis dans sa rédaction initiale. Très rapidement, d'ailleurs, le raisonnement de la Commission sur les quotas s'est précisé et affiné, la mention de l'effet néfaste sur les prix demeurant dans les avis comme une sorte de clause de style.

284. — Elle condamne ainsi les quotas, même non sanctionnés par l'application de primes ou de pénalités, dès lors qu'ils sont rigides, efficaces, et essentiellement destinés à permettre la survie d'entreprises marginales (28). Le « caractère stabilisateur du système » (29), intentionnel ou non, est vivement critiqué. Sera donc jugé illicite l'accord reposant sur un système de contingentements qui « traduit une volonté de contrôler étroitement les capacités de production », ce qui « conduit à entraver la concurrence entre les producteurs » (30).

Le grief essentiel de la Commission à l'encontre des quotas réside dans le fait qu'ils « cristallisent les positions respectives des membres » (31). Cet effet est d'autant plus nocif qu'il s'agit d'une cristallisation « artificielle » qui « tend à l'uniformisation des prix » (32) et surtout « interdit le développement de toute entreprise au delà de sa position relative », c'est-à-dire

« empêche les entreprises les mieux équipées et les plus rentables d'accroître leur part du marché dans des proportions que justifieraient les différences sensibles constatées dans les prix de revient et dans les conditions de la gestion » (33).

En d'autres termes, le critère de l'entrave est lié au caractère « malthusien » des quotas (34). Le maintien des entreprises dans leur position relative est d'autant plus critiquable que « la situation ainsi créée a pu entraver, dans cette branche industrielle, une concentration de nature à permettre une réduction des coûts de production » (35).

(27 bis) A.-P. WEBER et F. JENNY, *L'entreprise et les politiques de concurrence*, op. cit., p. 103 et s.

(28) Avis « Levure de panification », du 24 sept. 1955.

(29) Avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965.

(30) Avis « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(31) Avis « Levure de panification », du 24 sept. 1955 ; « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965 ; « Articles de visserie », du 18 déc. 1965.

(32) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(33) Avis « Lampes électriques », du 26 mai 1956 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; « Articles de visserie », précité.

(34) La Commission définit les quotas « malthusiens » comme ceux qui « s'appliquant à l'ensemble d'une branche industrielle, avec une rigidité sanctionnée par la mise en œuvre effective d'un système de pénalités et compensations, tendent exclusivement à cristalliser les conditions de production et de vente » (Rapport pour 1956, p. 18).

(35) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.

Les systèmes établissant une répartition quantitative de la production présentent, par ailleurs, un danger supplémentaire pour la concurrence s'ils conduisent à une répartition professionnelle des commandes qui « ferait obstacle au libre choix du fournisseur par le client » (36) (37).

285. — On constate là une évolution dans l'appréciation de l'entrave à la concurrence. Le critère utilisé n'est plus nécessairement celui de l'effet nocif sur les prix et la Commission, ayant de la concurrence une conception plus large, retient tous les effets défavorables des pratiques tels que l'atteinte au libre choix des consommateurs, le dirigisme professionnel ou le désir de conserver les situations acquises.

286. — La question s'est posée de savoir si les quotas apparaissant comme un support et un moyen d'application d'accords de spécialisation devaient aussi tomber sous le coup de l'article 59 bis. La Commission se demandait, en effet, si l'utilisation de quotas n'était pas, dans ce cas, inéluctable (38). Elle a cependant estimé qu'ils avaient un caractère en principe illicite bien qu'ils puissent être plus facilement légitimés au titre de l'article 59 ter (39). Cette position est d'ailleurs confirmée par l'avis « Culots de lampes » (40) : lorsque, du fait de leur spécialisation, chaque entreprise de l'entente tend à jouir pour les produits commercialisés d'un quasi-monopole de production « cette situation réduit sensiblement la compétition des entreprises sur le marché ».

En conclusion, le principe est que les quotas rigides constituent toujours une entrave à la concurrence même s'ils ont pour objet de favoriser des accords de spécialisation.

## B. — ATTENUATION AU PRINCIPE DE L'ILLICÉITE DES QUOTAS

287. — La nocivité des quotas résultant de leur rigidité, la question s'est posée de savoir si des quotas présentant une certaine souplesse devaient être condamnés au même titre que les quotas fixes. L'analyse des avis et des rapports montre que la Commission admet effectivement une distinction entre les quotas rigides et les quotas évolutifs; il convient cependant de s'interroger sur la portée de cette distinction.

---

(36) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », précité ; « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(37) Un système de quotas ne faisant pas obstacle au choix du fournisseur par chaque client sera malgré tout condamné si les quotas sont respectés en fait (Rapport pour 1960 à 1962, p. 13).

(38) Rapport pour 1956, p. 18.

(39) Avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957. *Infra*, n° 530.

(40) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956.

## 1°) *ETABLISSEMENT D'UNE DISTINCTION ENTRE LES QUOTAS FIXES ET LES QUOTAS ÉVOLUTIFS :*

288. — La distinction entre les quotas rigides et les quotas souples ou évolutifs apparaît dès 1957. Le rapport déclarait, en effet, que

« le caractère illicite des pratiques tendant à une répartition du marché entre les adhérents continue d'être affirmé dès lors qu'une certaine rigidité des quotas et leur efficacité de fait sont constatées » (41).

### En revanche, la Commission

« ne se montre pas radicalement hostile à un système de quotas présentant un caractère évolutif, c'est-à-dire assurant à court ou moyen terme aux entreprises une certaine sécurité de leurs débouchés, nécessaire pour entreprendre des investissements importants mais en donnant un intérêt certain aux efforts concurrentiels des entreprises grâce à un système dans lequel les dépassements non seulement ne sont pas automatiquement pénalisés, mais encore seront pris en considération pour une modification ultérieure des quotas, de sorte que chaque entreprise peut espérer recueillir à moyen ou long terme le fruit de ces efforts concurrentiels pour s'attirer une clientèle supplémentaire ».

Il semblait donc y avoir subordination de la condamnation à la constatation de la rigidité des quotas. Les quotas évolutifs pouvant se révéler utiles et n'ayant pas nécessairement un caractère anticoncurrentiel étaient, au contraire, différemment appréciés.

En 1960, la Commission réaffirmait d'ailleurs son intention de faire preuve d'une relative mansuétude à l'égard des quotas flexibles qu'elle allait jusqu'à considérer comme

« le seul moyen d'assurer à court ou moyen terme aux entreprises une certaine sécurité et une relative stabilité de leurs débouchés intérieurs, sans lesquelles elles hésiteraient fatalement à se lancer dans des investissements importants ou à prendre des risques pour la conquête de marchés extérieurs » (42).

Cette position semble s'expliquer par la crainte qu'une sévérité excessive à l'égard de quotas n'ayant pas d'effet anticoncurrentiel marqué ne brise l'esprit d'entreprise, contredisant par là-même les objectifs de la réglementation. La question était, cependant, de savoir si la différence d'appréciation entre les deux types de quotas devait faire échapper les quotas évolutifs à l'application de l'article 59 bis ou favorisait seulement l'application des dispositions de l'article 59 ter.

289. — La jurisprudence postérieure ne permet pas de donner une réponse catégorique. En 1963, toutefois, la Commission affirme que

« les clauses de quotas sont toujours condamnables *en soi*. Toutefois la condamnation n'est pas automatique : les quotas organiquement et effectivement souples bénéficient d'une certaine tolérance » (43).

(41) Rapport pour 1957, p. 213.

(42) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; Rapport pour 1960 à 1962, p. 13.

(43) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

Il n'y aurait donc pas de différence de nature entre les quotas rigides et les quotas évolutifs, la souplesse des seconds étant retenue simplement à titre de fait justificatif ou de circonstance atténuante. La formulation générale utilisée, clauses «condamnables en soi», paraît confirmer, par ailleurs, l'analyse selon laquelle le caractère illicite des pratiques est apprécié «*in abstracto*», par référence à une conception abstraite de la concurrence (44). Des avis ultérieurs montrent pourtant que la Commission ne se refuse pas toujours à une appréciation «*in concreto*». A la condamnation de portée générale que l'on trouve habituellement :

« la fixation de quotas entrave / tend à limiter / constitue un obstacle / une limitation à la concurrence » (45),

est parfois substituée la formule suivante

« l'attribution de quotas *dans les conditions où elle s'effectue* / dans les conditions sus-indiquées entrave la concurrence » (46).

La prise en considération des conditions dans lesquelles sont fixés les quotas paraît en contradiction avec l'affirmation selon laquelle ces clauses sont condamnables «en elles-mêmes». Il est difficile de faire une synthèse des positions de la Commission sur cette question. Dans la grande majorité des cas, elle déclare les clauses de quotas condamnables en principe et *a priori*; dans un nombre limité d'hypothèses, en revanche, elle paraît décidée à se montrer «tolérante»; dans un cas isolé, enfin, elle est allée jusqu'à admettre que les quotas révisables (47) n'avaient pas entravé, en fait, la concurrence et a rejeté l'application de l'article 59 bis :

« la répartition, entre les entreprises adhérentes, des commandes... est effectuée beaucoup plus en fonction des impératifs d'ordre économique que des quotas révisables établis ; que les entreprises conservent toute liberté en vue d'organiser leur production comme elles l'entendent, de moderniser leur équipement et d'accroître leur productivité ; que certaines entreprises ont ainsi pu augmenter considérablement leurs fabrications ; que la position respective des entreprises au sein desdites

(44) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 175 et s.

(45) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955 ; « Cœurs d'aiguillage en acier », du 21 juin 1958 ; « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961 ; « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968 ; « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969 ; « Sucres dénaturés », du 27 nov. 1970 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(46) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964 ; « Lin et chanvre », du 22 sept. 1967 (il s'agissait en l'espèce de systèmes de quotas rigides).

(47) Avis « Fabricants d'emballages en bois de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966 : l'objectif avoué de l'entente était la rationalisation et la modernisation des moyens et des techniques de production, la spécialisation des ateliers, l'organisation des approvisionnements et du stockage, l'étalement de la production (destiné à assurer la stabilité de l'emploi pendant la morte-saison), et la planification de la distribution par une répartition équitable des débouchés ; à cette fin, les membres avaient conclu un accord de prix ainsi qu'un accord de répartition des commandes basé sur l'attribution à chacun d'eux d'un quantum révisable tous les deux ans.



ententes ne se trouve donc pas cristallisée ; ... qu'il résulte de ce qui précède que les conventions et pratiques sus-analysées ne tombent pas sous le coup des dispositions de l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945 ».

Pareille analyse, fondée sur l'examen de la situation concrète de la branche en cause, contredit la thèse selon laquelle la notion de concurrence prise en référence pour la qualification d'entrave à la concurrence est, toujours, une notion abstraite (48). S'agissant de l'appréciation des clauses de quotas, cet avis constitue un exemple unique. On remarquera, cependant, qu'il s'agissait en l'espèce de deux ententes régionales entre petites et moyennes entreprises ; cet avis annonce les solutions de 1974 et le clivage qui tend à s'établir, lors de la qualification de l'entrave à la concurrence, entre les ententes puissantes et les ententes de taille modeste (49).

## 2°) PORTEE DE LA DISTINCTION ENTRE QUOTAS FIXES ET QUOTAS EVOLUTIFS

290. — La « mansuétude » relative dont fait preuve la Commission à l'égard des quotas « souples » a été vivement critiquée par les économistes qui contestent, en particulier, le raisonnement selon lequel l'assurance de débouchés relativement fixes à court ou moyen terme est de nature à favoriser l'investissement, même dans les industries lourdes où la diminution et le coût des équipements unitaires sont importants (50). On constate, en fait, que la Commission a, au cours de ces dernières années, considérablement limité la portée de cette distinction par la sévérité avec laquelle elle apprécie la « souplesse » des quotas, d'une part, en imposant qu'ils n'aient pas d'effets néfastes sur les prix, d'autre part.

291. — La Commission limite la portée de la distinction en se montrant sévère dans son appréciation du caractère souple des quotas. Elle a ainsi décidé, à plusieurs reprises, que des quotas fixes, même non assortis de pénalités et d'indemnités, devaient être considérés comme rigides, quand bien même ils ne seraient pas appliqués en fait (51). Le rapport pour 1973 souligne d'ailleurs qu'

« il importe peu que la fixation de quotas ne soit pas assortie de sanctions destinées à en assurer le respect dès l'instant où les accords ont été passés entre un petit nombre d'entreprises importantes qui n'avaient nul besoin d'assurer le respect de leur engagement par des mécanismes de contrainte » (52).

L'appréciation du caractère souple ou rigide des quotas est plus délicate, en revanche, lorsqu'ils sont assortis de clauses de variabi-

(48) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, loc. cit.

(49) *Infra*, n° 433 et s.

(50) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, loc. cit.

(51) Rapport pour 1957, *op. cit.*, loc. cit.

(52) Rapport pour 1973, p. 2605.

lité. Il peut, en effet, être prévu une révision annuelle (53), parfois complétée par une faculté de dénonciation de l'accord avec préavis de trois mois et possibilité de récupérer les pénalités versées (54).

La question de savoir si ces clauses suffisent à assurer la souplesse des quotas a été tranchée négativement par la Commission dans le rapport pour les années 1970 et 1971. Il importe peu que des clauses de variabilité soient prévues dans les accords si elles sont contredites par d'autres clauses dont le but réel est de renforcer le système de répartition (55). La variabilité n'est donc qu'apparente et les quotas sont qualifiés de rigides. Aux yeux de la Commission,

« la rigidité résulte notamment de ce que les dépassements ou retards de chaque entreprise par rapport à ses droits ne peuvent donner lieu à consolidation, c'est-à-dire à une variation de ces droits, que pour un faible pourcentage » (56).

L'importance des pénalités frappant les entreprises en avance, appréciée en fonction du taux de la valeur ajoutée de la branche considérée, est également prise en considération. L'analyse des clauses des contrats n'est qu'un élément d'appréciation; le caractère souple des quotas ne sera reconnu que si les positions respectives des participants ont effectivement évolué.

292. — La Commission limite également la portée de la distinction en refusant de se montrer clément à l'égard des quotas qui, bien que souples, auraient une influence néfaste sur les prix. L'affaire « Marché de la langouste » (57) en offre un exemple; les accords d'entente prévoyaient, entre autres, la possibilité pour les membres de rétrocéder leurs quotas, moyennant la perception d'une commission par le cédant : il y avait donc bien modification de la répartition initialement prévue. Cela ne suffit pas à écarter la qualification d'entrave car

« cette pratique assure une rémunération à des entreprises qui ne fournissent, en contrepartie, aucun service aux consommateurs et grève ainsi inutilement le prix de revient des produits ».

Ont également été condamnées, en dépit d'un certain caractère de souplesse, les clauses de quotas prévues par l'entente « Aciers étirés » (58) en considération de leur effet néfaste sur les prix. Lors de

(53) 1er avis « Aciers étirés », du 16 déc. 1961.

(54) 3ème avis « Fils et câbles électriques », du 17 sept. 1971 ; 2ème avis « Industrie du jute », du 18 juin 1971.

(55) Dans l'affaire du jute, la formule de variation des quotas ne retenait que le dixième des pourcentages de surproduction ou de sous-production (avis « Industrie du jute », du 18 juin 1971) ; dans celle des câbles, les variations n'étaient retenues que jusqu'à 20 %, le taux des pénalités était prohibitif et leur modalité de liquidation mensuelle contribuait à la rigidité de la répartition (avis « Fils et câbles », du 17 sept. 1971).

(56) Rapport pour 1970 et 1971, p. 419.

(57) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.

(58) Avis « Aciers étirés », du 16 déc. 1961.

l'affaire des « Sucres dénaturés », la Commission a estimé que, malgré les modifications intervenues dans la répartition, les pratiques ne pouvaient « être regardées comme ayant assoupli le système de répartition mis en place » du fait des augmentations de prix corrélatives à la perception de commissions (59).

Le rapport pour les années 1970 et 1971 synthétise cette jurisprudence en déclarant qu'

« il n'y a pas lieu de mettre au crédit d'une entente les assouplissements apportés aux quotas si ces assouplissements se traduisent par des majorations de prix » (60).

293. — Il semble donc que la distinction ait une portée limitée et que les seules clauses que la Commission serait disposée à admettre sont celles dont le caractère exclusivement prévisionnel et indicatif laisserait à chaque entreprise une marge suffisamment importante pour accroître sa propre part. Cela ressort du rapport pour 1969 qui précisait, à propos de l'affaire « Ciments et liants hydrauliques », qu'un organisme d'intérêt commun à plusieurs sociétés ne commet aucune infraction à l'article 59 bis lorsqu'il analyse et diffuse auprès de ses associés les perspectives de vente des produits, et même lorsqu'il leur communique les prévisions départementales de vente. Il tombe, en revanche, sous le coup de la prohibition lorsqu'il établit des programmes ou fixe les droits à produire de chaque participant (61).

294. — La question se pose de l'intérêt d'une telle distinction qui ne joue pratiquement jamais. S'il « est assez difficile pour l'économiste de comprendre la mansuétude dont la Commission entend faire preuve en ce qui concerne les quotas flexibles » (62), c'est sans doute que l'explication doit être recherchée en dehors de la *théorie* économique, dans des considérations d'*opportunité* socio-économique. La Commission, hostile à tout esprit de système, reste avant tout soucieuse de ne pas se lier par des règles trop rigides. Toute sa philosophie est, au contraire, marquée au coin de la souplesse et du pragmatisme. A côté des situations où elle prononce une condamnation quasi automatique, *en soi*, de pratiques ouvertement et manifestement anticoncurrentielles, elle se ménage, en ce qui concerne certaines pratiques moins contraignantes, des « ouvertures » qui lui permettront, le cas échéant, de tenir compte de la situation particulière d'un secteur pour admettre des comportements que dans d'autres circonstances elle ne tolérerait pas (63).

(59) Avis « Sucres dénaturés », du 27 nov. 1970.

(60) Rapport pour 1970 et 1971, p. 419.

(61) Avis « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969 (sous couvert d'information, les organismes de gestion des ententes avaient mis en place un système de répartition du marché très efficace). Rapport pour 1969, p. 119.

(62) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 105.

(63) Le même type de raisonnement se rencontre à propos de la qualification des barèmes de prix « indicatifs », par exemple, ou des remises cartellisées « exceptionnellement » tolérées ; *supra* n° 238 et s. ; *infra* n° 318 et s.

La distinction entre les clauses de quotas rigides et flexibles, bien que peu appliquée, est donc importante dans la mesure où elle introduit un élément de souplesse dans l'application de la réglementation et permet à la Commission de moduler ses positions en fonction de la conjoncture, au détriment de la sécurité juridique peut-être, mais certainement au bénéfice d'une plus grande adéquation des solutions aux impératifs économiques.

## SECTION 2

### QUALIFICATION D'ENTRAVE A LA CONCURRENCE DES MECANISMES DESTINES A ASSURER LE RESPECT DES QUOTAS

295.— Les clauses de quotas sont presque toujours accompagnées, dans les conventions d'entente, de mécanismes destinés à en assurer le respect. Un examen de ces mécanismes (§ 1) permet de mieux comprendre leur appréciation au regard de l'article 59 bis (§ 2).

#### § 1. — Pratique des mécanismes destinés à assurer le respect des clauses de quotas

296.— Les mécanismes mis en place pour assurer le respect des quotas par les membres sont multiples : pénalités et indemnités, commandes de compensation, systèmes de péréquation et redevances.

#### A. — PENALITES POUR AVANCE ET INDEMNITES POUR RETARD

297.— Fréquemment prévues dans les accords d'entente, les pénalités pour avance et indemnités pour retard renforcent les systèmes de quotas en garantissant leur application, à la manière des clauses pénales qui sanctionnent, dans un contrat, le non respect des obligations. Les pénalités peuvent être fixées selon un barème progressif (64), la progression étant parfois plus que proportionnelle au dépassement : c'était le cas dans l'entente « Demi-produits en métaux cuivreux » (65) où les pénalités étaient fixées à la moitié du bénéfice brut pour les dépassements inférieurs à 15/20 % et pouvaient aller jusqu'à trois ou quatre fois ce chiffre pour des dépassements supé-

---

- (64) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955.

(65) Avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958.



rieurs. Le taux élevé des pénalités assure la fixité des quotas (66). Il peut être prohibitif : c'est le cas lorsqu'il est fixé à 30 % du chiffre d'affaires réalisé au-delà du quota, dans une industrie dont le taux de valeur ajoutée est inférieur à 50 % du chiffre d'affaires (67). Le taux peut, au contraire, être réduit à un niveau « symbolique » (68) ; sa sévérité peut, enfin, être atténuée par des « franchises d'avance » (69).

## B. — SYSTEMES DE COMPENSATIONS ET CESSIIONS

298. — Les systèmes de compensation revêtent plusieurs formes.

Il s'agit parfois d'imposer aux entreprises en avance de faire des commandes aux entreprises en retard. Ainsi, si l'avis relatif aux pétroliers (70) fait état de pénalités financières sanctionnant les écarts globalement constatés par rapport aux parts fixées, le rapport de la Commission d'enquête parlementaire a-t-il estimé que les dépassements se sont traduits par des compensations sous forme d'échanges de produits à l'exclusion de tout autre compensation financière : les entreprises en avance auraient été contraintes d'acheter un certain tonnage aux entreprises en retard, à un prix de reprise majoré supérieur à celui du marché (71).

Les compensations peuvent se traduire par le versement de taxes compensatrices aux autres adhérents ou à l'organisme chargé de la gestion de l'entente (72) ou au deux à la fois (73). Elles apparaissent, en fait, comme un mode de règlement des indemnités, parfois très complexe comme en témoigne l'affaire des « Fûts métalliques ». L'entente reposait à l'origine sur un accord de répartition, sur la base de quotas avec pénalités et indemnités, fonctionnant ouvertement. Après le premier avis de la Commission (74) un système complexe fut mis en œuvre au sein de la société en participation qui constituait le support juridique de l'entente : chaque associé faisait apport d'une partie du produit de ses ventes, déterminée d'après un taux de marge forfaitaire, et la masse commune était ensuite répartie au prorata des parts statutaires de chacun. A partir de 1960, il fut procédé à une différenciation des taux de la marge apportée suivant la nature des produits fabriqués, c'est-à-dire en réalité suivant les entreprises pour tenir compte des disparités de rentabilité.

(66) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964.

(67) 3ème avis « Fils et câbles », des 9 juil. et 7 sept. 1971.

(68) Avis « Industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(69) Avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

(70) Avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(71) Rapport de la commission d'enquête parlementaire sur les activités des compagnies pétrolières, coll. 10/18, p. 157.

(72) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Aciers étirés », du 16 déc. 1961 ; « Acier moulé », du 22 juin 1962.

(73) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.

(74) 1er avis « Fûts métalliques », du 17 mars 1956. *Supra*, n° 117.

Des compensations avaient alors lieu, le solde versé par ou à un associé étant fonction à la fois de l'importance relative de son chiffre d'affaires et de la nature des produits qu'il fabriquait. La Commission relève dans son avis que les conséquences peuvent donc « se cumuler ou se neutraliser » et que, même dans le cas où un adhérent en avance sur son quota aurait un solde créditeur après élaboration du règlement définitif, son écart n'en est pas moins sanctionné qu'au-paravant par une réduction du montant de la créance dont il aurait dû bénéficier au titre de la composition relativement défavorable de sa production (75).

299. — Les cessions amiables ou conventionnelles que peuvent se consentir les membres de l'entente sont une autre forme des compensations. Elles permettent des dépassements effectifs des contingents sans affecter les parts d'activité (76). Apportant en principe un élément de souplesse dans le partage du marché réalisé entre les entreprises, elles peuvent avoir des effets secondaires néfastes sur les prix lorsque les transactions donnent lieu à la perception d'une commission (77). Combinées avec d'autres mécanismes, elles peuvent avoir un effet très contraignant. Ainsi, en cas de dépassement, l'ex-cédent peut-il être imputé, soit sur le contingent de l'année suivante applicable à la société intéressée, soit sanctionné par l'obligation pour cette société de s'approvisionner auprès des autres, à concurrence du dépassement constaté, sur la base d'un prix de vente calculé d'après la moyenne des prix de vente des autres participants, diminué d'un certain pourcentage (78). Il peut être également prévu que le respect des quotas sera garanti cumulativement par des transferts de chiffre d'affaires, des commandes de compensation et des pénalités d'avance. Dans l'affaire « Fils et câbles », par exemple, le système, progressif, obligeait l'adhérent en avance à transférer à un ou plusieurs adhérents en retard certaines tranches de chiffre d'affaires en statistique ; si l'avance dépassait un certain taux pendant deux mois consécutifs, une commande de compensation devenait nécessaire ; enfin, si l'avance se poursuivait malgré tout, l'entreprise en cause devait verser à certaines échéances une taxe compensatrice, d'abord à titre provisoire, puis à titre définitif (79).

300. — Les systèmes de cessions présentent un intérêt particulier dans les ententes de spécialisation où chaque adhérent a, par définition, abandonné la fabrication de certains types de produits,

---

(75) 2ème avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965.

(76) 2ème avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963.

(77) Avis « Sucres dénaturés », des 2 oct. et 27 nov. 1970 ; cf. également l'accord entre les mareyeurs, dans l'affaire « Marché de la langouste », qui prévoyait une possibilité de rétrocéder les quotas en tout ou partie moyennant une commission (avis du 19 déc. 1959).

- (78) 2ème avis « Lampes électriques », du 22 avr. 1966.

(79) Avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

et, par suite, risque de se trouver démuné en cas de demande. Aussi, prévoit-on non seulement des quotas, mais une obligation de livraison réciproque de tous les produits que les membres ne fabriquent plus, afin que les entreprises spécialisées puissent continuer à proposer un éventail plus ou moins complet de produits (80).

## C. — SYSTEMES DE PEREQUATION

301. — Les systèmes de péréquation consistent à répartir entre les membres de l'entente diverses charges, telles que les frais d'approvisionnement, de transport, les créances douteuses, les variations saisonnières de prix de vente (81), les pertes à l'exportation (82), afin de parvenir à une situation d'équilibre entre les adhérents. Une « égalisation des rendements » pénalise parfois les entreprises pour leurs fabrications plus rentables que d'autres (83).

## D. — REDEVANCES

302. — Des quotas peuvent être affectés à des usines fermées ou ayant cessé certaines fabrications (84). Cette pratique se traduit par le versement de redevances par les usines en activité à celles qui, fermées, restent titulaires d'un contingent (85). Ces clauses sont peu fréquentes dans les affaires examinées.

## § 2. — Appréciation du caractère anticoncurrentiel des mécanismes assurant le respect des quotas

303. — Très tôt la Commission a condamné les mécanismes destinés à assurer le respect des quotas. Son grief essentiel résidait dans le fait qu'ils avaient une influence néfaste sur les prix. Elle estimait, par exemple, qu'ils grevaient les prix de revient (86) et que des pénalités progressives constituaient, en outre, un facteur de hausse (87). Le premier avis relatif à l'entente dans l'« Industrie des lampes » retient comme élément d'incrimination l'obstacle à l'abaissement des coûts :

« si les pénalités qui sanctionnent les dépassements ont un effet direct sur les prix d'autant plus limité que les contingents sont mieux res-

(80) Avis « Fabricants de culots de lampes électriques », du 26 mai 1956.

(81) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960.

(82) Avis « Fabricants de tissus pour cravates marque Tergal » et « Fabricants de voiles et marquises marque Tergal », du 19 oct. 1963.

(83) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(84) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 : sur les huit firmes intéressées quatre entreprises, dont les coefficients d'activité formaient plus du quart du total, avaient cessé la fabrication des produits visés par l'accord.

(85) Avis « Industrie et commerce de la levure de panification », du 24 sept. 1955.

(86) Avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957 ; « Acier moulé », du 22 juin 1962.

(87) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955.

pectés(...) leur menace n'en fait pas moins obstacle à l'abaissement des coûts pouvant résulter du plein emploi de certaines entreprises travaillant actuellement, comme l'ensemble du secteur, à un niveau nettement inférieur à leur capacité de production ; qu'elles sont ainsi contraires au progrès économique » (88).

On remarquera que la Commission relève l'entrave au progrès économique plus que l'entrave à la libre concurrence, marquant ainsi qu'elle considère la concurrence non comme une fin en soi, mais comme un moyen.

L'influence sur les prix est également retenue comme critère d'incrimination de la pratique des redevances versées par les usines en activité à des entreprises fermées restant titulaires de pourcentages fictifs de production, faisant ainsi bénéficier leurs attributaires au développement d'une industrie à laquelle ils ne participent plus :

« enfin, les liens qui existent entre certaines entreprises restées en activité et d'autres supprimées, accentuent le caractère critiquable de pratiques qui grèvent les prix de revient au détriment, en définitive, de l'ensemble des consommateurs » (89).

304. — A partir de 1962, cependant, tandis qu'elle nuancait sa position à l'égard des quotas, la Commission a modifié son raisonnement sur les mécanismes destinés à en assurer le respect. Se dégageant du critère de l'effet néfaste sur les prix, elle les condamne en toutes hypothèses

« même si leur application est purement éventuelle car (ces pratiques) contribuent à renforcer la rigidité des quotas » (90).

La même position avait été adoptée à l'encontre des commandes de compensation, condamnées dans la mesure où elles « contribuent à introduire un élément de rigidité dans la structure professionnelle » (91).

L'incidence sur les prix des mécanismes destinés à renforcer l'efficacité des quotas n'a donc plus d'importance. Ces pratiques sont condamnables *en soi* ou *par elles-mêmes* dans la mesure où elles constituent l'accessoire des quotas fixes et contribuent à aggraver la rigidité des structures de l'économie française (92).

\*\*

---

(88) Avis « Lampes électriques », du 26 mai 1956.

(89) 2ème avis « Levure de panification », du 17 oct. 1964 ; contrairement au droit allemand, la Commission ne se prononce pas sur l'entrave à la concurrence potentielle résultant de l'engagement par les entreprises fermées de continger la production (J. CONRAD, op. cit., n° 32 et 41).

(90) Rapport pour 1960 à 1962, p. 13.

(91) Avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(92) De même, la Commission est sévère lorsque plusieurs mécanismes de répartition se combinent, accroissant la rigidité des structures, figeant et cristallisant le marché (avis « Tubes en P.V.C. », du 17 oct. 1973).



305. — En conclusion, nous constatons que les pratiques qui limitent le volume d'activité des membres, en assurant une répartition quantitative de la production, tombent sous la qualification d'entrave à la concurrence. La Commission, qui entendait faire preuve d'une relative tolérance à l'égard des quotas souples vers les années 1960, devient beaucoup plus sévère aujourd'hui et prend surtout en considération le fait que ces accords, en s'opposant à l'essor des entreprises les mieux placées et en favorisant la survie d'entreprises marginales, concourent à l'apparition de « rentes de situation » contraires au progrès économique, et, partant, à la finalité de la réglementation des ententes.

## CHAPITRE II

### LIMITATION DE LA LIBERTE D'ACTION EN MATIERE DE PRIX

306. — La notion de concurrence évoque généralement l'idée de guerre des prix, encore que celle-ci ne soit concevable que pour la gamme des produits fongibles ou parfaitement substituables estimée à plus de la moitié des activités industrielles (1). On constate, cependant, que la part de marché pour laquelle la concurrence par les prix joue effectivement est loin d'atteindre ce chiffre. Les raisons en sont multiples. La lutte des prix, en effet, n'épuise pas le phénomène économique que constitue la concurrence et la compétition peut revêtir d'autres formes plus sophistiquées ; il peut aussi arriver que les entreprises se mettent d'accord pour altérer la vigueur de la compétition en affaiblissant ses armes.

307. — Le progrès technologique lui-même peut contribuer à favoriser l'affaiblissement de la compétition. Le perfectionnement des moyens de communication, notamment, permet aux compétiteurs

---

(1) La gamme, très étendue, des produits et prestations parfaitement substituables comprend les produits d'extraction, énergétiques, les métaux et leurs produits de première transformation, de nombreux produits des industries mécaniques et électriques, les matériaux de construction, les travaux de bâtiment et travaux publics, les transports, certains produits des industries agro-alimentaires ou de la pêche, certains produits de l'industrie textile ou de l'industrie du bois, les papiers et cartons normalisés, des produits divers des industries chimiques et leurs dérivés. Tous ces biens fongibles ou parfaitement substituables procurant, quel que soit leur producteur, la même satisfaction à l'utilisateur ne sont sélectionnés qu'en fonction de leurs prix (A. BROCHET, *La concurrence par les prix et les ententes professionnelles*, Droit social, 1977, p. 78 et s.).

d'échanger des informations et la Commission a été appelée à se prononcer sur la licéité de ces pratiques. La question de savoir si l'échange de renseignements tombe sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence a été envisagée à une date relativement tardive, lors des affaires « Filature de coton » (2), « Travaux routiers en Bretagne » (3) et « Verre creux mécanique » (4). Quel que soit l'objet des informations transmises, prix ou statistiques portant sur les positions respectives des fabricants, quel que soit l'auteur de la diffusion, un organisme professionnel à caractère syndical, par exemple, la Commission estime que la transparence du marché est neutre par elle-même. Elle peut favoriser la concurrence sur les marchés où celle-ci existe mais, dans une situation non concurrentielle, elle contribue à accroître l'efficacité des dispositifs anticoncurrentiels. L'échange d'informations n'est donc par lui-même ni répréhensible ni bénéfique mais il constitue un « multiplicateur » soit de la concurrence, soit de l'entrave à la concurrence (5). La Commission a ainsi jugé que la communication réciproque et périodique des prix pratiqués par deux ententes régionales, cherchant l'une et l'autre à uniformiser les prix, tendait à renforcer l'efficacité des deux dispositifs. L'appréciation du caractère anticoncurrentiel de ces pratiques dépend, donc, de l'examen de leur effet réel sur la concurrence (6).

308. — L'un des moyens les plus simples et les plus efficaces de limiter la concurrence reste, cependant, la limitation de la liberté des adhérents en matière de prix, afin, par leur uniformisation, de limiter ou supprimer l'intérêt que peut avoir la clientèle à choisir entre divers fournisseurs. La Commission a porté beaucoup d'atten-

---

(2) Avis « Filature de coton », du 16 mai 1976

(3) « Travaux routiers en Bretagne », demande d'avis formulée en application de l'article 6 du décret n° 68-1027 le 11 décembre 1975 par un juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Rennes (non publié).

(4) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976 : il s'agissait en l'espèce de statistiques portant non seulement sur les positions respectives des producteurs mais aussi sur leurs prévisions de vente ; l'avis déclare que « *compte tenu de la situation existant sur le marché du verre creux mécanique, les statistiques diffusées... excèdent les besoins normaux de la profession et ont pu favoriser le développement des pratiques anticoncurrentielles précédemment relevées* ».

(5) Comparer avec la position de la Commission relative à la pratique des prix *franco*, *infra*, n° 330.

(6) *Infra*, Titre 3 ; la Commission de la concurrence a différemment apprécié ce type de pratique et estime que l'échange d'informations sur les prix est répréhensible par son objet, sous une double condition : que les produits et services sur lesquels il porte soient suffisamment homogènes et interchangeables pour que la concurrence puisse s'exercer sur les prix, et que les renseignements soient assez individualisés pour permettre d'identifier les acheteurs, les vendeurs et les conditions qu'ils se sont consenties à l'occasion de transactions déterminées (avis « Feutres pour papeterie », du 25 mai 1978) ; la jurisprudence française se rapproche ainsi de celle de la C.E.E.

tion aux accords de prix qui revêtent des formes diverses et que l'on rencontre aussi bien dans les ententes rudimentaires ayant pour objet exclusif le respect d'un certain niveau de prix que dans celles, plus perfectionnées, où ils accompagnent des procédures de répartition de la production et des ventes (7). Nous envisagerons successivement les pratiques relatives aux prix (section 1) et celles relatives aux remises (section 2).

## SECTION 1

### PRATIQUES RELATIVES AUX PRIX

309. — Le prix auquel sont proposés les produits ou prestations à la clientèle résulte, en principe, de l'adaptation de l'offre à la demande. Sur les marchés atomistiques l'ajustement des prix est, en théorie, la seule possibilité laissée aux entrepreneurs pour s'adapter aux exigences de la demande à court et long terme dans les limites de leurs coûts. Sur les marchés d'oligopole le chef d'entreprise dispose, en revanche, d'un certain pouvoir et fixe le prix plus en fonction des stratégies des concurrents que de la demande. La conscience de leur interdépendance conduit, cependant, dans de nombreux cas, les entreprises à conclure une trêve et à adopter des prix communs.

310. — Les entraves directes (8) aux mécanismes normaux de formation des prix ont donné lieu à une abondante jurisprudence de la Commission, invitée par les termes mêmes de l'article 59 bis, tant dans sa rédaction initiale qu'après sa modification en 1967, à y prêter spécialement attention. Les actions exercées sur les prix tendent souvent à une uniformisation d'autant plus nocive que les prix sur lesquels se forme l'accord sont, en général, ceux des entreprises marginales, excessifs et évalués sans aucun souci d'analyse sérieuse et de recherche d'amélioration de la productivité (9). La qualification d'entrave à la concurrence ne pose pas de véritables problèmes en

---

(7) L'abolition ou la diminution de la concurrence par les prix peut, par exemple, être l'objet essentiel ou le complément indispensable d'une répartition occulte des marchés publics ; sur ces pratiques, cf. supra, n° 277 et s.

(8) La Commission considère comme un type courant d'action directe sur les prix... celle qui consiste pour une entente à fixer un prix unique de soumission pour toutes les entreprises qui participent à un appel d'offres. (Rapport pour 1974, p. 1207) ; cf. supra, n° 214 et s.

(9) A. BROCHET, La concurrence par les prix et les ententes professionnelles, op. cit., loc. cit.



présence d'accords imposant aux entreprises de l'entente le respect collectif d'un niveau de prix élevé. Dès 1957, la Commission a posé en principe que

« la volonté ou même la possibilité de faire obstacle à un abaissement des prix de vente est retenue comme un grief grave et décisif, même dans le cas où la Commission inclinerait à une certaine mansuétude quant aux pratiques de quotas constatées » (10).

311.— Toutes les actions directes sur les prix ne sont toutefois pas aussi simples à analyser que celles qui tendent ouvertement à s'opposer à leur baisse, par exemple les barèmes de prix-plancher, ou à favoriser leur hausse. Un certain nombre de questions ont dû être résolues, d'autant que les pratiques se dissimulent ou se diversifient au fur et à mesure que sont mieux connus les travaux de la Commission. Nous examinerons successivement les solutions apportées par la Commission en ce qui concerne les pratiques relatives aux prix de vente ou de revente (sous-section 1) et aux prix de revient (sous-section 2).

## SOUS-SECTION 1

### QUALIFICATION D'ENTRAVE A LA CONCURRENCE DES PRATIQUES RELATIVES AUX PRIX DE VENTE OU DE REVENTE

312.— L'entente dispose de plusieurs moyens pour fixer des prix communs applicables par tous ses membres. Un problème particulier s'est posé lorsque l'entente est constituée entre des négociants qui fixent un prix commun de *revente* : la question était, en effet, de savoir comment apprécier l'influence néfaste de l'entente sur les prix. On pouvait prendre en considération soit le prix de revente, soit la rémunération brute des actes du négoce ou la valeur ajoutée par leur activité professionnelle. Ce point a été tranché par l'avis « Marché de la langouste » (11). Le prix à considérer pour la qualification des pratiques est celui de la prestation de services inhérente à l'activité commerciale des négociants. Le rapport pour 1958 et 1959 précise, toutefois, que, si l'élément déterminant réside dans la constatation d'une influence néfaste sur le montant de la valeur ajoutée résultant de l'activité des entreprises en entente, un

---

(10) Rapport pour 1957, p. 214.

(11) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.

effet nocif sur les prix des produits peut fort bien être retenu à titre subsidiaire. Cette position était justifiée par le fait que, s'agissant de négociants, il peut arriver que certaines entreprises

« tout en réalisant des marges brutes importantes grâce aux prix particulièrement bas qu'elles peuvent obtenir de leurs fournisseurs, pratiquent des prix de revente intéressants pour les consommateurs, cette dernière circonstance ne pouvant laisser indifférents les pouvoirs publics » (12).

La pratique la plus couramment utilisée pour uniformiser les prix de vente, ou de revente (13), consiste à appliquer les prix de barèmes collectifs encore appelés barèmes « professionnels » ou « syndicaux ». Leur qualification a posé un certain nombre de problèmes que nous envisagerons (§ 1) avant d'examiner la jurisprudence relative au cas particulier des systèmes de péréquation (§ 2).

## § 1. — Qualification d'entrave à la concurrence des barèmes collectifs de prix de vente

313. — Les prix pratiqués par les entreprises résultent de barèmes individuels ou collectifs, les premiers établis par chaque entreprise, les seconds par l'organisme servant de support juridique à l'entente, généralement un organisme professionnel, qui les diffuse ensuite auprès de l'ensemble des adhérents.

314. — Le problème de la qualification d'entrave à la concurrence au regard du droit des ententes semble ne pas devoir se poser en ce qui concerne les barèmes individuels : dans ce cas, en effet, la condition relative à l'existence d'une concertation n'est pas remplie. Il apparaît, cependant, que l'individualisation des barèmes est parfois plus apparente que réelle. C'est le cas des accords d'entente prévoyant que chaque adhérent établit librement son tarif de vente mais imposant, par ailleurs, sa communication à tous les autres membres et subordonnant toute modification à un accord unanime (14). Il en résulte, donc, une identité de fait des prix pratiqués, cette identité pouvant s'étendre aux remises, voire aux conditions de vente (15). Le rapport pour les années 1960 à 1962 classait déjà l'identité de fait des prix pratiqués au nombre des pratiques condamnables (16). L'uniformité des prix effectifs à la vente (17), quelle

---

(12) Rapport pour 1958 et 1959, p. 305 et s.

(13) Sur les prix établis par stade de distribution, *infra*, n° 325.

(14) 1er avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958.

(15) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.

(16) Rapport pour 1960 à 1962, p. 13 ; avis « Industrie du linoléum », du 21 oct. 1961.

(17) Cette uniformité constitue, rappelons-le, une présomption très difficile à combattre d'entente sur les prix (*supra*, n° 186 et s.).

qu'en soit la cause (18), est toujours condamnable dans la mesure où elle est nécessairement artificielle. Ce grief est souligné dans l'avis « Lampes électriques » qui déclare que

« l'unicité du tarif de base et du barème de remises, qui a pour effet de dissocier les prix de vente des prix de revient, établit par là-même entre les producteurs une égalité artificielle qui est de nature à entraver la concurrence » (19).

315. — La question essentielle reste cependant celle de la qualification d'entrave à la concurrence des barèmes collectifs, encore dits barèmes syndicaux ou professionnels. Très tôt, la Commission a été appelée à se prononcer sur la licéité ou l'illicéité de ces pratiques. On note, à cet égard, une évolution. Dans un premier temps, les barèmes collectifs sont classés au nombre des pratiques condamnables « en elles-mêmes » (20). A partir de 1967, toutefois, la Commission a admis une atténuation au principe de l'illicéité, lorsque les barèmes n'ont qu'un caractère indicatif, selon un raisonnement comparable à celui suivi à propos des « quotas évolutifs ». Le rapport pour 1967 soulignait cependant que la Commission entendait maintenir des « réserves de principe » à l'égard des barèmes en général (21). Il convient donc d'examiner les raisons pour lesquelles la Commission pose le principe de l'illicéité des barèmes collectifs. Nous chercherons ensuite à préciser le domaine des pratiques admissibles.

#### A. — ILLICEITE DE PRINCIPE DES BAREMES COLLECTIFS

316. — Dès 1963, la Commission range les barèmes syndicaux, ainsi que les pratiques de quotas, au nombre des pratiques condamnables « en elles-mêmes », estimant que l'existence d'un barème commun à plusieurs entreprises compromet la concurrence. Il convient d'examiner les raisons de cette condamnation. Pour la Commission, la seule existence d'un barème collectif constitue une atteinte au libre jeu de la concurrence. L'effet néfaste sur les prix est évident lorsque les barèmes prévoient des prix imposés présentant le caractère de prix-plancher (22), ou même lorsque le prix imposé est un prix maximum car cette pratique « exclut par elle-même tout abaissement du prix de vente ». La vente au prix le plus élevé possible n'est d'ailleurs pas seulement un obstacle à la baisse mais favorise parfois une hausse artificielle (23).

(18) 1er avis « Aciers étirés », du 16 oct. 1961.

(19) Avis « Industrie des lampes électriques », du 22 avr. 1966.

(20) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(21) Rapport pour 1967, p. 321.

(22) Cf. les avis « Tergal », du 19 oct. 1963 ; « Sacs en papier », du 19 janv. 1968 ; « Gobeleterie », du 16 avr. 1975 ; ces pratiques peuvent également tomber sous le coup de l'article 37-4° de l'ordonnance de 1945.

(23) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

La même condamnation a été prononcée à l'encontre des barèmes de prix conseillés (24). Initialement, la Commission se contentait de déclarer ces pratiques illicites, en des termes très généraux, sans préciser les raisons pour lesquelles les prix conseillés étaient d'une nocivité égale aux prix imposés. Ainsi déclarait-elle laconiquement qu'il s'agissait d'une pratique « qui s'oppose aux baisses à attendre du jeu de la concurrence » (25) et dont la nocivité peut être accrue par le fait que « ces prix sont fixés au stade du détail en prévoyant au profit des commerçants intermédiaires une marge brute particulièrement élevée » (26).

Un barème de prix communs, assorti de modalités de vente uniformes (27), sera condamné de la même façon, même si « le tarif commun n'est assorti d'aucune sanction ou pénalité garantissant son application et si, en pratique, sa mise en œuvre n'exclut pas certaines différences de prix » (28).

*A fortiori*, sera déclaré illicite un système prévoyant une lourde pénalisation à l'encontre des entreprises en entente qui consentiraient à leurs clients des rabais sur le tarif commun (29), de même qu'un tarif plafonnant les taux de remises dont le respect est assuré par des pressions exercées sur les entreprises (30).

317. — Affinant son raisonnement, la Commission a été amenée à préciser ses griefs à l'égard des barèmes communs : s'ils ont sur l'évolution des prix un effet nocif, c'est qu'ils présentent le double inconvénient de donner naissance à des situations de rente et de fixer des prix artificiels.

Le premier inconvénient a été mis en lumière pour la première fois par l'avis « Verres de lunettes » :

« l'existence d'un tarif commun, alors qu'il existe au sein du groupement ... des écarts de prix de revient, qui, en dépit d'une certaine tendance à l'égalisation, restent sensibles, donne naissance au profit de ceux des fabricants qui sont le mieux placés à des phénomènes de rente et détourne les moins bien placés d'abandonner certains types de fabrications que leurs prix de revient ne leur permettraient pas de poursuivre en l'absence du tarif commun » (31).

Le deuxième inconvénient, corollaire du premier, réside dans le caractère artificiel conféré au prix du barème. Il en résulte une inadaptation des prix de vente aux coûts réels de production, direc-

---

(24) Sur la pratique des prix conseillés, cf. Droit de la distribution, sous la direction de J. M. MOUSSERON, n° 189-327.

(25) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.

(26) Avis « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(27) Avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960.

(28) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

(29) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(30) Avis « Gobeletterie », du 16 avr. 1975.

(31) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.



tement préjudiciable aux consommateurs (32). Le caractère artificiel des prix du barème apparaît, par exemple, lorsque les prix prévus au tarif présentent entre deux révisions un caractère de fixité faisant obstacle, pendant la période considérée, à tout ajustement des prix en fonction des variations des conditions du marché intéressé (33).

Dans ses avis ultérieurs, la Commission insiste, d'ailleurs, beaucoup sur la notion de prix artificiels, que l'affaire « Huiles usagées » (34) lui a permis de préciser. L'entente était constituée, en l'espèce, entre deux groupes professionnels concurrents : celui des raffineurs de produits pétroliers, producteurs d'huiles neuves, et celui des régénérateurs fabriquant des huiles pour moteur par régénération des huiles usagées. Son organe d'exécution était une S.A.R.L. dont le capital était réparti par parts égales entre les deux groupes et dont l'objet essentiel consistait dans le ramassage des huiles usées et leur revente aux régénérateurs. Le prix de cession de ces huiles aux régénérateurs était fixé par les organes dirigeants de la société, non en fonction d'un prix de revient réel ou de la situation du marché, mais en fonction de la position de chaque groupe de telle façon que le montant de la marge de fabrication des régénérateurs reste inchangé. Il y avait donc bien là un prix artificiel, c'est-à-dire un

« prix fixé sans aucun lien avec le prix du marché » (35).

Ces inconvénients sont accrus, lorsque le barème commun a un caractère obligatoire, par le fait que toute possibilité de discussion entre vendeurs et acheteurs est exclue : il s'ensuit donc une dépendance des utilisateurs à l'égard des fournisseurs (36) (37) qui a toujours été l'objet des plus vives critiques de la part de la Commission. En définitive, les barèmes communs sont condamnables en raison de leurs conséquences malthusiennes et inflationnistes qui maintiennent des prix artificiellement élevés.

---

(32) Dans la décision en date du 9 avr. 1962 faisant suite à l'avis « Verres de lunettes », le ministre de l'Economie et des Finances précisait que « le maintien artificiel de prix susceptibles de s'écarter des coûts de production risque de priver le public des avantages qu'il est en droit d'attendre en contrepartie de l'organisation de la profession et du facteur certain de sécurité que constitue la présence du tarif commun pour les professionnels ».

(33) Avis « Filature de coton cardé du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968 : la Commission estimait que l'entente avait, par cette pratique, cherché à freiner artificiellement la tendance à la baisse.

(34) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(35) Rapport pour 1973, p. 2605.

(36) Avis « Filature du coton cardé du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968.

(37) Des tarifs trop rigides présentent en outre l'inconvénient d'inciter les entreprises à accorder à leurs clients des remises supplémentaires « déguisées » ; cette pratique est nocive dans la mesure où les acheteurs ne sont pas exactement informés des prix réellement pratiqués par chaque fournisseur (avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965 ; « Carreaux de faïence », du 20 mars 1965 ; « Articles de visserie », du 18 déc. 1965).

## B. — ATTENUATION AU PRINCIPE DE L'ILLICÉITE

318. — La question s'est posée de savoir si les barèmes collectifs affectent toujours la concurrence. Le problème apparaît lorsque, par exemple, les entreprises en entente ne les respectent pas et accordent des remises qui devraient, en principe, avoir pour effet de restaurer la concurrence compromise par les barèmes communs. On peut, également, se demander s'il ne convient pas de les considérer, sous certaines conditions, comme des « instruments de travail permettant une normalisation de la production », lorsqu'il s'agit de mettre en pratique « un système de prix professionnels ne comportant aucune valeur obligatoire et dont les prix soient révisés périodiquement en fonction de l'évolution de la technique, des quantités produites, des spécialisations.. et d'une façon générale de tous les éléments concourant à une diminution des prix de revient ». Tel était, du moins, le point de vue du ministre de l'Economie et des Finances en 1962 (38). En vérité, les barèmes peuvent se révéler utiles dans certaines situations : ils favorisent l'information des acheteurs lorsqu'ils sont portés à leur connaissance et présentent des avantages certains pour les ententes constituées entre des entreprises artisanales qui, ne disposant pas d'une comptabilité développée, ont du mal à évaluer avec une précision suffisante le prix de revient de chaque article, ce qui entraîne le risque de voir pratiquer, en fait, des prix de vente présentant des décalages anormaux (39).

319. — Dans son rapport pour 1963 à 1966, la Commission a donc admis que, dans certains cas exceptionnels, la condamnation des barèmes ne devait pas être automatique :

« bien qu'il implique nécessairement une concertation, il y a lieu pour en apprécier la licéité, et compte tenu des avantages que présente parfois un tel système pour l'information des acheteurs, de s'attacher à l'utilisation qui en est faite » (40).

La difficulté consistait à dégager un critère permettant de distinguer les barèmes licites des barèmes condamnables. La réponse a été apportée en 1967 à propos des affaires « Echelles en bois » (41) et « Filateurs de lin et de chanvre » (42). La Commission a eu recours à un triple critère : celui de l'intention des auteurs du barème, celui de l'attitude des entreprises auxquelles le barème est destiné et enfin celui du contenu du barème. La prise en considération de ces divers éléments devait permettre de préciser la frontière entre les pratiques condamnables et les autres. Au cours des années, toutefois, les

(38) Décision du ministre de l'Economie et des Finances en date du 9 avr. 1962, faisant suite à l'avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

(39) L'argument est développé dans l'avis « Echelles en bois », du 19 mai 1967.

(40) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(41) Avis « Echelles en bois », du 19 mai 1967

(42) Avis « Filateurs de lin et de chanvre », du 27 sept. 1967.

réserves formulées en 1967 à l'encontre des barèmes collectifs en général se sont accentuées. Il convient donc d'examiner l'application de ces divers critères par la Commission afin de savoir quelle est la portée exacte de l'aténuation au principe de l'illicéité.

### 1°) PREMIER CRITERE D'APPRECIATION : L'INTENTION DES AUTEURS DU BAREME :

320. — Dans son rapport pour 1967, la Commission se déclarait prête à admettre la licéité des barèmes collectifs qui seraient diffusés à titre informatif auprès des entreprises de l'entente :

« si le barème n'est donné qu'à titre de renseignement, s'il n'a qu'une valeur indicative, il ne tombe pas sous le coup des prohibitions de l'article 59 bis. Si au contraire, il est « recommandé », si les entreprises sont invitées à s'en inspirer, s'il présente un caractère normatif, il est une pratique concertée contraire à l'article 59 bis » (43).

Ce premier critère conduit à établir une distinction entre les barèmes impératifs, nécessairement illicites, et les barèmes indicatifs, licites. La Commission soulignait, cependant, que l'analyse de l'intention des auteurs du barème pouvait présenter des difficultés.

La question s'est précisément posée en 1972 lors de l'affaire des « Pépiniéristes » (44). L'organisation syndicale, support juridique de l'entente, diffusait à titre d'information auprès d'un certain nombre d'entreprises un barème annuel de « prix indicatifs ». Or, il ne suffit pas qu'un barème se présente comme informatif pour être *ipso facto* admis par la Commission. L'examen du mode d'élaboration du barème permet de savoir quel était le véritable objectif de ses auteurs. S'apercevant, en l'espèce, que le barème prenait en compte les demandes d'augmentation des producteurs, sous les seules limites imposées par l'élasticité de la demande, la Commission a jugé que le but recherché était

« en fixant un prix acceptable par l'ensemble des producteurs, même les moins bien placés, d'obtenir ainsi en fait l'observation de ces tarifs prétendument indicatifs ».

Il ne s'agit donc pas de nier absolument l'intérêt que présente, dans certaines branches d'activité, la diffusion de prix de référence pouvant servir de base de négociation,

« mais il doit s'agir d'un prix traduisant des transactions intervenues antérieurement et dans des conditions normales de concurrence : la Commission accepte des « mercuriales » et non des tarifs fixés *a priori* et respectés en fait par les producteurs » (45).

Seul un barème réellement informatif peut donc bénéficier de l'indulgence de la Commission.

(43) Rapport pour 1967, p. 321.

(44) Avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972.

(45) Rapport pour 1972, p. 25 ; l'argument est repris dans l'avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

## 2°) DEUXIÈME CRITÈRE D'APPRECIATION : L'ATTITUDE DES ENTREPRISES DESTINATAIRES DU BARÈME :

321. — Le critère tiré de l'attitude des entreprises destinataires du barème devait, dans l'esprit de la Commission, permettre de compléter celui de l'intention des auteurs en permettant de « recouper l'analyse toujours délicate des intentions par la constatation beaucoup moins discutable des résultats » (46).

Elle précisait donc que son appréciation pourrait varier selon que le barème aurait été ou non fidèlement appliqué.

Dans l'affaire des « Pépiniéristes », par exemple, le fait que le barème ait été appliqué non seulement par les membres de l'entente mais également par des entreprises non syndiquées et des négociants avait entraîné une évolution en hausse des prix pratiqués et, parfois, constitué un obstacle à la baisse (47). Ceci la conduisait à affirmer, dans son rapport pour 1972, qu'

« un barème purement indicatif diffusé à titre d'information peut présenter les mêmes inconvénients qu'un barème impératif » (48),

c'est-à-dire conférer au prix un caractère artificiel en empêchant ou en retardant l'ajustement de ces prix à l'évolution des coûts.

Elle n'envisageait, toutefois, à cette époque que l'hypothèse où un barème se présentant comme indicatif serait appliqué avec discipline par les entreprises. Or, le problème inverse s'est présenté : il arrive, en effet, que les entreprises destinataires du barème ne le respectent pas et continuent d'appliquer des remises individuelles variables fixées au terme des négociations avec la clientèle. La question s'est alors posée de savoir si la qualification d'entrave à la concurrence devait être maintenue ou si l'on pouvait estimer que ces remises rétablissaient la concurrence compromise par le barème. Il convient donc d'examiner les solutions retenues dans ces deux situations.

### a) *Un barème indicatif fidèlement appliqué par les entreprises est-il condamnable ?*

322. — La distinction établie en 1967 entre barèmes impératifs et indicatifs, fondée sur l'intention des auteurs du barème, pouvait apparaître alors comme une distinction fondamentale permettant de tracer avec précision la frontière entre les pratiques licites et illicites. En réalité, la Commission s'attache essentiellement aux effets du barème. Or, un barème, même réellement indicatif, est nocif s'il est fidèlement appliqué par les entreprises lorsqu'il est établi de telle sorte qu'au lieu de les inciter à différencier leurs prix de vente, il les entraîne à s'aligner sur les prix diffusés.

(46) Rapport pour 1967, op. cit., loc. cit.

(47) Il en était résulté un obstacle à la baisse des plants dont la demande connaissait une régression importante.

(48) Rapport pour 1972, p. 25.



L'avis rendu en 1976 à propos de l'entente entre négociants en gros des boissons sans alcool et de la bière (49) offre une bonne illustration de ce type de barème. Les documents diffusés par les organisations professionnelles devaient permettre aux entreprises de fixer leurs prix de vente mais ils étaient établis à partir de prix de revient présentés comme uniformes. La Commission fait justement observer que les éléments de prix de revient ne peuvent être les mêmes pour toutes les entreprises, dans la mesure où toutes n'ont pas les mêmes charges et où certaines peuvent obtenir des prix plus bas de la part des fabricants lorsqu'elles achètent de grandes quantités :

« qu'ainsi les entrepositaires parvenant aux prix de revient les plus bas soit en raison des prix qu'ils ont obtenu des fabricants, soit par l'efficacité de leur organisation, auraient dû normalement utiliser leur position compétitive pour mettre en œuvre un effort de concurrence par le prix qui aurait d'ailleurs non seulement profité aux acheteurs, c'est-à-dire aux détaillants, mais, par voie de conséquence, aux consommateurs s'approvisionnant chez ces détaillants ».

Un tel barème a un effet dissuasif et entraîne les entrepreneurs à aligner leurs tarifs sur ceux qui leur sont diffusés. L'avis conclut que

« de manière générale, la diffusion de tarifs syndicaux de cette nature a pour conséquence que les prix effectivement appliqués suivent l'évolution en hausse des tarifs diffusés ; que dès lors, la diffusion de tarifs de prix de vente indicatifs... tombe sous le coup des dispositions... de l'article 59 bis ».

*b) Un barème obligatoire non respecté par les entreprises est-il condamnable ?*

323. — Un barème collectif, ne se présentant pas comme indicatif mais comme obligatoire, et, cependant, non respecté par les entreprises doit-il être déclaré illicite ? Le problème se pose lorsque les membres de l'entente persistent à accorder individuellement des remises à leurs clients en dépit du barème. Cette question a été envisagée par la Commission lors de l'affaire « Cuves et citernes à hydrocarbures » (50). Cette entente avait uniformisé les prix pratiqués et tenté d'unifier également les remises; cette dernière tentative avait cependant échoué en grande partie, les producteurs continuant selon l'usage de la profession à accorder des remises variables fixées au terme de négociations avec la clientèle. La question se posait de savoir si la qualification d'entrave à la concurrence devait encore être retenue ou si, au contraire, on pouvait estimer que ces remises individuelles rétablissaient la concurrence compromise par le barème.

La Commission a refusé d'admettre que l'existence des remises individuelles faisait disparaître la nocivité des barèmes. Elle invo-

(49) Avis « Négociants en gros des boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976.

(50) Avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

que, à l'appui de son raisonnement, deux sortes de raisons. L'une, à caractère général, tient au fait que le barème renforce la position du vendeur malgré les remises; l'autre concerne les prix établis par stade de distribution.

324. — Le fait qu'un prix soit présenté comme un prix de barème est, en effet,

« de nature à consolider la position des vendeurs dans leurs négociations avec les acheteurs et à conduire à des prix nets supérieurs à ceux qui s'établissent en l'absence d'un tel tarif professionnel ».

Le prix des barèmes devient donc un prix de référence et l'octroi de remises ne suffit pas à rétablir la concurrence car, d'une part, toute une partie de la clientèle ne se trouve pas en état de discuter et se voit simplement appliquer le tarif et, d'autre part, lorsque les remises sont effectivement accordées, elles sont calculées par référence au tarif. Il en résulte que les prix effectivement pratiqués évoluent parallèlement aux prix de catalogue et de façon tout aussi artificielle. Le rapport pour 1973 précise que ce raisonnement n'est infirmé que dans deux situations : soit lorsqu'il existe une vive concurrence entre les vendeurs sur le marché, soit lorsque les acheteurs sont eux-mêmes en situation de force en raison de leur puissance économique (51).

Ultérieurement, la Commission a eu l'occasion de souligner d'autres effets néfastes des remises. Elles sont parfois d'une importance telle que ce fait peut fausser les discussions entre vendeurs et acheteurs et dissuader ces derniers de discuter sérieusement les prix (52). Le rapport pour 1974 insiste sur ce point en déclarant que

« une remise de l'ordre de 50 % montre à la fois le caractère artificiel du barème et les abus qu'il peut faciliter au détriment de la fraction la moins avertie de la clientèle » (53).

325. — Les barèmes peuvent, en second lieu, avoir un effet anticoncurrentiel au «second degré» lorsque les prix sont établis par stade de distribution. Ils prévoient, par exemple, le prix demandé non au client immédiat mais à l'utilisateur final comme dans les barèmes dits de «prix publics». La Commission relève qu'une telle pratique peut laisser subsister une certaine concurrence sur les remises consenties aux intermédiaires mais elle présente malgré tout un caractère nocif dans la mesure où le consommateur ne profite pas de cette concurrence; le procédé consistant à calculer le prix payé par l'intermédiaire en appliquant une ristourne sur le prix facturé au consumma-

---

(51) Rapport pour 1973, p. 2604.

(52) Avis « Tubes en P.V.C. », du 17 oct. 1973 : en l'espèce, les remises accordées étaient de l'ordre de 50 à 60 %.

(53) Rapport pour 1975, p. 1207 ; avis « Négociants en gros de boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976.

teur final crée, en outre, une situation analogue à la pratique de prix imposés que réprime l'article 37-4° de l'ordonnance du 30 juin 1945 (54). Il importe donc peu, pour l'application de l'article 59 bis, que le barème porte sur le prix facturé non au client immédiat mais au client de celui-ci (55). Il en va de même lorsque le prix du produit ne représente pour l'utilisateur final qu'une fraction du devis total comprenant le coût de l'installation : dans ce cas, l'existence d'un barème dissuade les consommateurs de discuter sur cet élément du devis et

« le risque existe qu'ils ne bénéficient pas de la concurrence même dans les cas où celle-ci a joué, au niveau de la production, sur les remises accordées aux intermédiaires par rapport au tarif » (56).

En conclusion, ces remises individuelles ne sont pas, en elles-mêmes, anticoncurrentielles, mais, pour la Commission, elles ne peuvent être invoquées pour justifier l'existence d'un barème syndical car elles ne permettent pas de restaurer la concurrence affectée par ce barème. Le critère tiré du comportement des entreprises destinataires du barème ne peut donc jouer de la façon prévue en 1967, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas de constater que les entreprises ne l'ont pas respecté pour admettre que l'entrave a disparu.

### 3°) *TROISIÈME CRITÈRE D'APPRECIATION : LE CONTENU DU BARÈME*

326.— S'agissant des barèmes de prix, le domaine des pratiques admissibles se révèle extrêmement étroit. Dans les rares affaires où elle a écarté l'application de l'article 59 bis (57), la Commission a cependant insisté sur le fait qu'un barème trop rigide peut constituer un obstacle à l'ajustement des prix de vente au prix de revient et conduire à une uniformisation artificielle des prix, donc à une restriction de la concurrence. Sans méconnaître de façon absolue l'utilité que peut présenter pour les entreprises la connaissance des « coûts normaux » ou des « prix courants », le rapport pour 1967 subordonnait l'admissibilité des barèmes à des conditions strictes : serrer d'aussi près que possible la réalité économique, être non seulement indicatif mais souple et évolutif (58). C'est seulement à ce titre qu'elle reconnaissait qu'il pouvait « servir le progrès économique » en permettant à chaque entreprise soit d'ajuster la gamme de ses prix à la diversité de ses coûts de production, soit de réviser

(54) Avis « Laboratoires photographiques », du 28 févr. 1975.

(55) Rapport pour 1975, p. 998.

(56) Avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

(57) Avis « Echelles en bois », du 19 mai 1967.

(58) Rapport pour 1967, p. 321.

ses objectifs ou ses procédés de fabrication pour mieux adapter ses coûts de production aux prix pratiqués (59).

327. — Au terme de ces observations, nous constatons que la Commission se réoriente vers un retour à la condamnation automatique des barèmes communs. En définitive, l'élément essentiel d'appréciation reste ici celui de l'incidence néfaste sur les prix, qu'elle ait été ou non recherchée par les entreprises, qu'elle soit directe ou indirecte. La distinction entre les barèmes impératifs ou simplement indicatifs perd beaucoup, sinon la totalité, de son intérêt dans la mesure où l'on s'est aperçu que le consommateur terminal subit, de toutes manières, un préjudice : soit qu'il ignore le caractère indicatif du barème, soit qu'il ne soit pas en position de force suffisante pour en discuter les prix. Un barème a, par ailleurs, un effet d'entraînement à la hausse (60). Même indicatif, il comporte souvent une incitation au respect des prix fixés par les organismes professionnels lorsque son mode d'élaboration a pour effet d'aligner les prix sur les entreprises les moins bien placées et d'accorder à toutes les autres une rente (61). Il dissuade donc les entreprises dans leur ensemble de se concurrencer en ajustant leurs marges bénéficiaires (62), ce qui est également préjudiciable au consommateur final. Peu importe donc que le barème porte sur le prix facturé non au client immédiat mais au client de celui-ci. Le caractère répréhensible de la pratique des « prix publics », dont la Commission s'est préoccupée à partir de 1972, a bien été mis en évidence : quoique la concurrence subsiste en partie au niveau des intermédiaires, le consommateur n'en profite nullement et, de surcroît, il s'ensuit une situation analogue à la pratique de prix imposés réprimée par l'article 37 (4<sup>e</sup>) de l'ordonnance du 30 juin 1945 (63). Ces observations nous conduisent à conclure que l'atténuation au principe d'illicéité relative aux barèmes collectifs informatifs ne devrait

---

(59) S'agissant de la formation des prix, on remarque que deux sortes de méthodes sont employées par les entreprises : celles qui se sentent protégées, quelle qu'en soit la raison, se contentent, en général d'une appréciation « globale », évaluant pour une période définie le montant des charges à couvrir et le divisant par la quantité produite pour obtenir le coût unitaire, sans aucun souci de rationalisation ; au contraire, quand la concurrence est sévère ou quand les entreprises cherchent à maximiser leur profit, les coûts unitaires sont évalués au plus juste et les entrepreneurs recherchent toutes les améliorations de rendement ou de productivité permettant de les réduire (A. BROCHET, op. cit. p. 79 et s.).

(60) Avis « Négociants en gros de boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976 ; rappelons que l'entraînement à la hausse n'est pas une condition de l'incrimination et qu'un frein à la baisse entraîne aussi la condamnation (avis « Ficelles », du 23 mai 1975).

(61) Avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972.

(62) Avis « Laboratoires photographiques », du 28 févr. 1975 ; « Négociants en gros de boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976.

(63) Rapport pour 1975, p. 998.



plus être retenue que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles (64).

## § 2. — Qualification d'entrave à la concurrence des systèmes de péréquation

328. — Il arrive que les accords d'entente instituent des systèmes de péréquation des prix de vente (65). La Commission s'est préoccupée de ce problème dès les années 1960, déclarant ces pratiques illicites par elles-mêmes. La question s'est toutefois posée plus récemment, d'une manière quelque peu différente, à propos de la pratique des « prix franco », où, seul, le prix du transport est un prix de péréquation.

### A. — ILLICITE DE PRINCIPE DES PEREQUATIONS DE PRIX DE VENTE

329. — Tous les systèmes de péréquation des prix de vente ou d'égalisation des charges (66), destinés à faire échec aux mécanismes normaux de formation des prix, sont classés au nombre des pratiques condamnables *en soi* (67). Le premier grief formulé par la Commission réside dans le fait que

« le bénéfice assuré à toutes les usines d'un prix de vente moyen (est) *en soi* de nature à faire éventuellement obstacle à l'abaissement des prix de vente » (68).

Un système complexe de péréquation des prix, aboutissant en fin d'exercice à des compensations financières entre producteurs, en fonction des écarts des prix effectivement pratiqués par rapport à un prix de revient théorique, conduit, par ailleurs, à pratiquer un prix artificiel (69). Or, ceci est sévèrement jugé par la Commission.

Les systèmes de péréquation sont donc condamnés en premier lieu en fonction de leur effet néfaste sur les prix, mais ils ont d'au-

(64) La Commission de la concurrence se montre d'ailleurs plus sévère, jugeant la pratique des barèmes de prix « incompatible avec les exigences actuelles d'une concurrence effective » ; peu importe donc l'utilisation qui est faite d'un barème professionnel, à classer désormais au rang des pratiques condamnables *en soi* (cf. les avis « Briquets non rechargeables », du 11 mai 1978 ; « Crampons antidérapants pour automobiles », du 8 juin 1978 ; « Matériel électrique d'installation Legrand », du 23 mars 1978).

(65) Sur la pratique des systèmes de péréquation, supra, n° 301.

(66) Il peut être prévu un système d'égalisation des charges en vue de répartir entre les participants les créances douteuses, frais d'agents de vente, d'approvisionnements en matières premières, frais de transport et variation saisonnières des prix de vente (avis « Superphosphate », du 21 mai 1960) ; ou bien il peut y avoir péréquation des pertes à l'exportation (avis « Tergal », du 19 oct. 1963).

(67) Rapport pour 1960 à 1962, p. 13.

(68) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960.

(69) Avis « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968.

tres inconvénients. Une péréquation des prix de matières pondéreuses opérée entre clients éloignés et clients proches s'oppose, en effet, à « une distribution rationnelle des débouchés par le jeu normal des comparaisons de qualité, des prix de revient à la production et des coûts de transport » (70).

Les systèmes de péréquation sont enfin condamnables dès lors qu'ils constituent le moyen d'assurer le respect d'accords de répartition (71). D'une manière générale, ils se révèlent tout aussi onéreux pour le consommateur que les autres pratiques destinées à uniformiser les prix de vente et tombent sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis.

## B. — CARACTÈRE NEUTRE DES PÉREQUATIONS DE PRIX DU TRANSPORT DANS LA PRATIQUE DES « PRIX FRANCO »

330. — La pratique des prix *franco* consiste à imposer au client l'achat du transport à un prix forfaitaire qui résulte de la péréquation de toutes les charges de transport. Ces prix sont fixés *franco* soit par zones, soit au plan national. C'est seulement en 1976 que la Commission s'est prononcée sur le caractère de cette pratique au regard de la réglementation de la concurrence (72).

La question a tout d'abord été abordée dans le second avis relatif aux pétroliers (73). Le système utilisé en l'espèce n'a pas été condamné par la Commission, bien qu'il ait pu défavoriser certains clients, compte tenu de la situation du marché caractérisée à la fois par la sous-utilisation des moyens de transport et la pénurie des produits offerts. Il n'était pas « anormal », dans ces conditions, que les sociétés pétrolières aient cherché à utiliser au maximum, notamment grâce à leurs conditions de prix, les moyens de transport dont le décret du 26 février 1971 leur fait obligation de disposer.

331. — C'est lors de l'affaire « Verre creux » (74) que la Commission a précisé sa position. Cette pratique peut

« selon les cas, avoir pour effet de protéger les ententes et les positions dominantes à l'échelle nationale contre la concurrence des dissidents locaux, soit, au contraire, élargir le cadre géographique dans lequel la concurrence s'exerce et empêcher ainsi la constitution d'une juxtaposition de monopoles régionaux bénéficiant de rentes de situation ».

La pratique des prix *franco* a donc tantôt un effet d'entrave à la concurrence, en protégeant les ententes puissantes contre des

(70) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

(71) Rapport pour 1969, p. 119.

(72) L'application collective et exclusive d'un système de prix rendus destination est regardée par la Commission de la C.E.E. comme une infraction à l'article 85 § 1 du Traité de Rome (J.O.C.E. du 17 juin 1974).

(73) Avis « Distribution des produits pétroliers », du 21 mai 1976.

(74) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976 : il s'agissait d'une entente entre fabricants de verre, sur un marché très concentré dominé par B.S.N. - Saint-Gobain.

entreprises régionales de taille plus faible (75), tantôt un effet d'accroissement de la concurrence lorsqu'elle contribue à empêcher ou à démanteler des « féodalités » locales ou régionales. L'avis insiste d'ailleurs sur le fait que la péréquation des frais de transport peut correspondre aux vœux du consommateur et aux objectifs de la politique d'aménagement du territoire.

332. — En conclusion, la pratique des prix *franco* n'est « en soi » ni répréhensible ni bénéfique. Elle peut être l'un ou l'autre selon les circonstances. Cela dépend non seulement du rapport entre le prix du transport et le prix du produit, mais également de l'« environnement ». Dans l'affaire précitée, il s'avérerait que

« cette pratique, sans être elle-même abusive, a pu avoir pour effet de faciliter le respect de l'entente sur les prix et le maintien de la position dominante occupée par les deux principaux fabricants ».

Il s'agissait donc, en l'espèce, d'un élément ayant aggravé le caractère anticoncurrentiel de l'entente. En définitive, on peut donc dire que la pratique des prix *franco* est neutre « en soi », comme certaines pratiques sont illicites « en soi ». Elle doit être considérée comme un élément « multiplicateur » soit de l'entrave à la concurrence, soit de la concurrence, selon les cas (76).

## SOUS-SECTION 2

### QUALIFICATION D'ENTRAVE A LA CONCURRENCE DES PRATIQUES RELATIVES AUX PRIX DE REVIENT

333. — Les années 1970 ont vu se développer de nouvelles pratiques consistant dans la diffusion, par les organismes syndicaux, d'« études de prix de revient ». Ces documents présentent un certain nombre d'avantages lorsqu'ils sont destinés à des entreprises de taille modeste qu'ils peuvent aider à apprécier les conséquences d'une réforme fiscale, à analyser les coûts de leur activité et à établir

---

(75) Comp. avec l'avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974, dans lequel la taille des entreprises en entente ou concurrentes de l'entente est également prise en considération.

(76) Une solution identique est adoptée en ce qui concerne la pratique consistant à échanger des informations : la transparence du marché est en soi un élément neutre mais peut jouer le rôle de « multiplicateur » (2ème avis « Filature de coton », du 16 mai 1975 et avis « Travaux routiers en Bretagne », non publié) ; supra, n° 307.

des prix de vente adaptés à ces coûts (77). On peut toutefois craindre qu'ils soient utilisés à des fins anticoncurrentielles.

334. — Les premiers avis de la Commission relatifs à ce problème datent de 1975. A cette date, la licéité des « études de tarification » est admise à la condition qu'elles soient purement indicatives et qu'elles aient pour seul objet d'aider les entreprises en leur fournissant des renseignements exacts sur les éléments réels du prix de revient (78). En revanche, la qualification d'entrave à la concurrence s'applique aux études de prix, « qui ne procèdent nullement d'efforts tendant à établir des éléments réels des prix de revient » (79).

Des affaires postérieures (80) permettent à la Commission d'affiner son raisonnement. La fédération nationale professionnelle des transporteurs routiers établissait des « structures de prix de revient » portant effectivement mention des éléments principaux permettant à chaque entreprise de déterminer ses coûts, mais assorties, en outre, de pourcentages forfaitaires à retenir pour les frais généraux et commerciaux et pour la marge bénéficiaire brute ; une circulaire indiquait, par ailleurs, la hausse globale qui résultait des hausses constatées sur chaque élément de prix de revient. De tels documents permettaient donc aux entreprises de pratiquer des hausses de prix sans avoir à calculer leurs propres prix de revient. Pour la Commission, cette pratique tombe évidemment sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence dans la mesure où

« sous couleur de diffuser des études de prix de revient indicatives (la fédération professionnelle) a en fait fourni à ses adhérents des prix de revient à tel point forfaitaires et indépendants de la situation particulière des entreprises que leur indication équivalait à conseiller un prix de vente ».

Il appartient alors à la Commission de rechercher la véritable nature de ces pratiques quel que soit le jour sous lequel elles se présentent. Pour ce faire, elle prend en considération l'intention des auteurs de ces études de prix de revient et leur influence réelle.

---

(77) A la suite de la circulaire Fontanet, la circulaire Scrivener déclare que le prix de revient d'un produit ou d'un service comprend son coût de production et son coût de commercialisation, et souligne que l'appréciation de ces coûts est délicate : « le coût unitaire de production (matières premières, énergie, main-d'œuvre, frais de fabrication) est, en principe, indépendant du mode de commercialisation choisi. Il varie, dans certaines limites, en raison inverse des quantités produites ; le coût de commercialisation comprend un ensemble de charges dont quelques-unes peuvent être transférées en partie du fournisseur à ses clients ou à certains d'entre eux » (op. cit., p. 6).

(78) Avis « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975. Rapport pour 1975, p. 998.

(79) Avis « Ficelles », du 23 mai 1975.

(80) Avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976.



335. — La pratique est illicite dès lors qu'elle vise, en fait, à fournir sous une forme déguisée des barèmes de prix de vente aux entreprises : cette intention peut se déduire du caractère forfaitaire, et indépendant de la situation des entreprises, des prix de revient comme dans l'affaire « Transports de marchandises » (81).

Inversement, lorsqu'un organisme professionnel adresse à ses adhérents des éléments de calcul des marges licites, en prenant soin de préciser qu'ils ne sont donnés qu'à titre d'exemple et à partir de chiffres fictifs, en recommandant aux entreprises de fixer leurs propres prix, selon le schéma diffusé mais par application des éléments réels correspondant pour chacune au produit vendu,

« ces pratiques ayant pour seul objet de permettre aux adhérents de calculer la marge maximum à respecter pour ne pas enfreindre la réglementation des prix, ne constituent pas, par elles-mêmes, une action concertée ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence » (82).

336. — L'intention n'est pas le seul élément à prendre en considération. Le caractère non contraignant des « études de prix de revient » n'exclut pas qu'elles puissent avoir un effet anticoncurrentiel. Des études de « prix de revient prévisionnels » peuvent avoir une influence « non négligeable » sur le niveau des prix (83). Il peut enfin arriver qu'une étude de prix, non critiquable par elle-même, aboutisse à une certaine uniformisation des prix de vente et « par là-même, à une situation d'entente répréhensible » (84).

Le cas est illustré par l'affaire « Distribution des montures de lunettes » (85) : une étude de tarification réellement indicative et dont le seul objet était d'aider les entreprises dans l'établissement de prix de vente adaptés à leurs coûts réels d'activité, avait été utilisée comme référence par les opticiens lunetiers dans la détermination de leurs prix, sans que les entreprises cherchent chacune à se fonder sur son propre prix de revient.

337. — En conclusion, les études de prix de revient ne peuvent être considérées comme licites que dans la stricte mesure où elles constituent un moyen d'aider les entreprises à déterminer leurs coûts et où elles sont utilisées comme de simples modèles de calcul.

---

(81) La Commission souligne, de surcroît, que de telles incitations à l'uniformisation des prix de la part d'une organisation professionnelle dont on pourrait espérer un certain respect des règles de concurrence, tant en raison de son autorité morale sur ses adhérents que par sa position d'interlocuteur privilégié des pouvoirs publics, constitue une circonstance aggravante de l'infraction.

(82) Avis « Négociants en gros des boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976.

(83) Avis « Filateurs de coton », du 16 mai 1975 : des « admonestations » avaient été adressées aux filateurs qui ne respectaient pas les barèmes.

(84) Rapport pour 1975, p. 998.

(85) Avis « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975.

En aucun cas, elles ne doivent constituer des barèmes de vente déguisés à l'égard desquels la Commission tend à manifester beaucoup de sévérité même lorsqu'ils ne sont qu'indicatifs.

## SECTION 2

### PRATIQUES RELATIVES AUX REMISES

338. — Le prix terminal payé par la clientèle est naturellement fonction du prix initial qui lui a été proposé. Ce prix peut, cependant, varier en fonction des remises accordées. La pratique la plus connue est incontestablement celle des « remises cartellisées », calculées en fonction du volume global des achats effectués auprès de l'ensemble des membres de l'entente, qui ont pour objet de canaliser la clientèle vers l'entente au détriment des fournisseurs extérieurs, et constituent donc à l'égard de ces derniers de véritables barrières à leur entrée sur le marché. Le problème de la qualification de ces pratiques ayant déjà été envisagé (86), il convient alors d'examiner d'autres types de comportements ayant une incidence sur le prix terminal. La Commission a, par exemple, critiqué les remises « déguisées » qu'accordent souvent les entreprises en présence de tarifs de vente trop rigides. Ces pratiques sont, en effet, « contraires à la loyauté des transactions commerciales » (87).

Il s'agit là, toutefois, de pratiques individuelles et non de pratiques d'entente, encore qu'elles n'existent qu'en raison de l'accord sur les prix dont elles démontrent à la fois l'inutilité et la nocivité. Notre attention se portera ici principalement sur les pratiques collectives relatives à d'autres sortes de remises. Il peut arriver, en effet, que les remises soient interdites : cela se produit essentiellement dans certaines ententes constituées entre prestataires de services ou même producteurs et faisant intervenir des intermédiaires courtiers, mandataires ou revendeurs rémunérés par une commission professionnelle qu'il leur est interdit d'abandonner, en tout ou partie, à leurs clients. D'autres fois, au contraire, les remises sont autorisées mais jouent de façon discriminatoire à l'égard des différentes catégories de clients. Nous rechercherons donc successivement si la qualification d'entrave à la concurrence, au regard de l'article 59 bis, peut être retenue à l'encontre des clauses interdisant les remises (§ 1) et de celles qui autorisent des remises discriminatoires (§ 2).

---

(86) Supra, n° 238 et s.

(87) 1er avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965 et 1er avis « Carreaux de faïence », du 20 mars 1965.

## § 1. — Qualification d'entrave à la concurrence des clauses interdisant les remises

339. — L'interdiction de consentir des ristournes se rencontre dans certains cas particuliers où interviennent des intermédiaires rémunérés par une commission (88). Il s'agit tantôt de membres de l'entente, tantôt de revendeurs liés à celle-ci.

Le premier avis à envisager cette question est celui des ententes dans la « Publicité » (89). La Commission relève que

*« lorsque l'interdiction est observée, elle aboutit à une rémunération excessive des entreprises les moins bien organisées ; lorsqu'elle est transgressée, c'est généralement sur l'initiative et au profit des clients les plus puissants ou les mieux avertis ; dans l'un et l'autre cas, il en résulte une disparité très grande des prix demandés aux clients à égalité de service rendu ».*

Il y a entrave à la concurrence dans la mesure où cette pratique fait « obstacle à l'adaptation du prix de la prestation au service effectivement rendu » (90). On retrouve donc ici la notion de prix artificiel.

L'interdiction de rétrocéder tout ou partie des commissions professionnelles, imposée aux transitaires dans l'entente entre armateurs et transitaires (91), constitue l'une des pièces d'un dispositif complexe dans lequel le versement des commissions est lui-même subordonné au respect d'une condition d'exclusivité bénéficiant aux armateurs. Par suite,

*« le transitaire est conduit, sous peine de perdre la commission professionnelle, à sacrifier... à ses propres intérêts d'adhérent au protocole les intérêts des chargeurs dont il est le mandataire et en outre à s'opposer éventuellement, sous peine d'être soupçonné de méconnaître l'interdiction de rétrocéder directement ou indirectement la commission professionnelle, à toute baisse des divers éléments dont il tient compte pour l'établissement de ses factures et notamment à toute baisse des frais portuaires ».*

340. — On constate, donc, que l'interdiction des remises est condamnée en fonction de son influence néfaste sur les prix. Un autre critère d'incrimination, la limitation de l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises pourrait être retenu lorsque cette interdiction ne s'adresse pas à des membres de l'entente mais à des professionnels, revendeurs par exemple, se trouvant sous sa domination (92). La qualification d'entrave à la concurrence de ce type

(88) Cette interdiction se rencontre plus rarement dans les ententes entre producteurs (avis « Semoulerie », du 22 févr. 1964).

(89) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958.

(90) Rapport pour 1957, p. 214.

(91) Avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961.

(92) Cf. par exemple l'avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968 : les fabricants interdisaient à leurs courtiers et revendeurs toute ristourne sur le montant de leur commission.

de pratiques ne soulève, en fait, pas de grandes difficultés dans la mesure où cette manifestation de dirigisme professionnel a sur les prix, et sur leur ajustement aux coûts réels, un effet néfaste évident.

## § 2. — Qualification d'entrave à la concurrence des clauses autorisant des remises discriminatoires

341. — En examinant les affaires soumises à l'appréciation de la Commission on constate la mise en œuvre de pratiques discriminatoires : les remises cartellisées sont parfois appliquées de cette façon (93), variant en fonction de la qualification professionnelle de l'acheteur, revendeur ou utilisateur (94), à moins que des avantages particuliers supplémentaires soient accordés à certains clients dits « privilégiés » (95). Les remises et, plus généralement, toutes les conditions discriminatoires de vente sont prohibées par l'article 37 § 1 de l'ordonnance du 30 juin 1945. La question se posait de savoir si ces pratiques tombaient également sous le coup de la prohibition édictée par l'article 59 bis, muet sur ce point.

342. — C'est en 1973 seulement que la Commission s'est prononcée avec netteté sur la soumission des pratiques discriminatoires à l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945. Examinant la pratique consistant à prévoir des taux de remises différents selon la nature de l'activité professionnelle des clients, elle déclare que

« ce mécanisme... dans la mesure où il comporte une discrimination entre clients... peut conduire les entreprises à commettre des infractions à l'article 37... mais n'est pas en soi contraire à l'article 59 bis » (96).

Elle condamne cependant, en l'espèce, cette pratique. La qualification d'entrave à la concurrence au regard de l'article 59 bis se justifie, en effet, doublement : d'une part, parce que les discriminations portent sur des rabais cartellisés ; ce type de pratiques est condamnable *en soi* (97). D'autre part, et c'est là l'argument le plus intéressant, cette pratique constitue

« une manifestation supplémentaire de la concertation des entreprises quant aux modalités de fixation des prix ».

343. — La qualification d'entrave à la concurrence, au titre de l'article 59 bis, n'est donc pas encourue du fait du caractère dis-

---

(93) Avis « Semoulerie », du 22 avr. 1964.

(94) Avis « Verre plat », du 21 nov. 1964 ; « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; cf. également l'avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 : en l'espèce, c'était l'accès au marché des négociants qui était soumis à des mesures discriminatoires.

(95) Avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968.

(96) 2ème avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973.

(97) Supra, n° 243 et s.



eriminatoire des remises mais du fait de leur caractère de pratique collective. Le rapport pour 1973 précise d'ailleurs que ce raisonnement vaut pour toutes les infractions à l'article 37. Le principe est qu'elles n'entrent pas, en elles-mêmes, dans le champ d'application de l'article 59 bis, sauf si elles constituent la manifestation d'une concertation des entreprises. Les pratiques réprimées par l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 n'entrent alors dans le champ d'application de l'article 59 bis que lorsqu'elles sont suivies par plusieurs entreprises en vertu d'un accord d'entente. Il n'y a pas de concordance absolue entre les champs d'application respectifs de ces deux textes, mais toute pratique répréhensible au regard de l'article 37 sera condamnée au regard de l'article 59 bis si elle présente le caractère collectif de pratique d'entente :

« Toute action concertée menée par des entrepreneurs au préjudice de leurs clients entre dans le champ d'application de l'article 59 bis, même si celui-ci ne l'évoque pas expressément » (98).

La Commission rappelle que la liste des moyens d'entrave à la concurrence contenue dans l'article 59 bis n'est pas limitative. Il importe donc peu que le texte n'ait pas expressément mentionné les pratiques discriminatoires. Elles seront condamnées si elles résultent d'une entente. Dans l'avis du 10 janvier 1973 relatif à l'affaire « Commerçants de Saverne » (99), la Commission a eu à se prononcer sur la licéité de la pratique consistant à accorder une remise fixe de 10 % sur tout achat effectué auprès de l'un quelconque des membres du groupement, sur présentation d'un carnet d'achat. Elle a jugé que cette remise, qui ne présentait pas le caractère d'un rabais cartellisé (100), « n'a pas non plus un caractère discriminatoire du fait de la très large diffusion des carnets d'achat qui apparente cette pratique à de simples rabais publicitaires ».

On peut en déduire, *a contrario*, que si cette pratique avait présenté un caractère discriminatoire, elle aurait été condamnée au regard de l'article 59 bis puisqu'elle aurait été la manifestation d'une concertation des entreprises de l'entente préjudiciable aux clients. Une position identique a été adoptée, en ce qui concerne les dispositions relatives à l'abus de position dominante, lors de l'affaire des « Huiles usagées » (101).

Plusieurs avis rendus en 1974 confirment cette orientation. Il ressort de l'affaire « Carburé de tungstène » (102) que, lorsque les entreprises de l'entente consentent à leurs clients des remises importantes sur le barème collectif de prix, cela ne suffit pas à enlever au barème le caractère d'une action concertée condamnable au regard

(98) Rapport pour 1973, p. 2604.

(99) Avis « G.I.E. de commerçants de Saverne », du 10 janv. 1973.

(100) Supra, n° 241 et s.

(101) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(102) Avis « Carburé de tungstène », du 20 sept. 1974.

de l'article 59 bis ; de surcroît, ces remises peuvent avoir, en elles-mêmes, le caractère de pratiques discriminatoires au sens de l'article 37 (1°). De la même façon, l'avis « Tuiles et briques » (103) estime que le mécanisme mis en place par les fabricants et les négociants en cause,

« dans la mesure où il comporte une discrimination entre clients fondée sur la nature de leur activité professionnelle, peut conduire les entreprises à commettre des infractions à l'article 37... » et « tombe en l'espèce sous le coup de l'article 59 bis ».

344. — La position adoptée par la Commission à l'égard des remises et pratiques discriminatoires dans leur ensemble doit être approuvée. Individuelles, ces pratiques tombent sous le coup de l'article 37 (1°) de l'ordonnance du 30 juin 1945 parce qu'elles portent atteinte au principe de la loyauté dans la concurrence, profitent au vendeur au détriment de ses concurrents en mettant ces derniers dans une situation d'inégalité, et portent préjudice aux clients qui ne bénéficient pas des avantages réservés à une fraction de la clientèle. Tous ces inconvénients se retrouvent lorsque ces pratiques sont suivies collectivement ; on peut même estimer que leur efficacité est renforcée. Il est donc parfaitement légitime de condamner, au titre de l'article 59 bis, des pratiques concertées dont la nocivité est indiscutable.

345. — Il peut arriver, cependant, que ces discriminations soient justifiées et elles seront licites. A cet égard, la circulaire Scrivener apporte des précisions intéressantes relativement aux justifications des discriminations individuelles par des différences correspondantes des prix de revient entre les ventes effectuées par l'entreprise : « la référence à la notion de prix de revient de l'entreprise emporte, par elle-même, élimination des barèmes ou conditions de vente d'ordre professionnel ou communs à plusieurs fournisseurs » (104). En d'autres termes, les pratiques discriminatoires individuelles ne sauraient être justifiées en invoquant des barèmes d'entente. En revanche, les justifications admises pour les discriminations individuelles peuvent être transposées au niveau collectif. Il en est ainsi du transfert d'une fonction commerciale du producteur au distributeur. A cet égard, l'avis relatif à l'affaire « Verre plat » (105) est particulièrement intéressant : la Commission s'y montre disposée à admettre les remises « de fonction » mises en place dans un souci de réorganisation des circuits de distribution :

« cette réforme tend à restaurer la fonction du négociant spécialisé astreint à stocker les produits en quantités et variétés suffisantes

---

(103) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.

(104) Circulaire du 10 janv. 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises, précitée, p. 5.

- (105) 2ème avis « Verre plat », du 21 nov. 1964.

pour pouvoir répondre à tout moment à la demande des utilisateurs, cette charge donnant lieu en compensation à une remise fonctionnelle ou prime de stockage » (106).

346. — En conclusion, seules les pratiques discriminatoires collectives tombent sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence édictée par l'article 59 bis. Il existe, on le voit, une « zone » commune aux champs d'application respectifs des articles 37 et 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945. Plusieurs rapports ont souligné le caractère distinct mais complémentaire des deux dispositions.

347. — L'article 37, par exemple, ne prohibe que le refus de vente effectif. L'avis « Huiles usagées » (107) a, au contraire, permis de préciser que l'article 59 bis s'applique à l'action concertée permettant de limiter la vente à des tiers, même si cette limitation n'a pas effectivement été mise en œuvre (108). Le rapport explique la solution par le fait qu'il suffit que l'entente *se donne les moyens* d'infliger un préjudice pour tomber sous le coup de la prohibition, même si elle n'en fait pas usage. L'incrimination est plus large que celle de l'article 37 qui suppose un préjudice réel.

348. — Le rapport pour 1974 (109) revient sur les liens étroits existant entre les pratiques d'entente prohibées par l'article 59 bis et les comportements individuels assimilés à la pratique de prix illicites par l'article 37 de l'ordonnance. L'incitation, par un organisme professionnel, à se livrer à des pratiques anticoncurrentielles tombe sous le coup de l'article 37 (3°), qui assimile à la pratique de prix illicites l'incitation à des actes prohibés par l'article 59 bis, et sous le coup de l'article 59 bis, dans la mesure où cette incitation concourt aux pratiques anticoncurrentielles suivies par les adhérents (110).



---

(106) L'avis conclut que cette réforme répondait dans son principe aux recommandations formulées lors d'un premier avis dans la mesure où elle devait permettre d'abaisser les prix de revient, faire disparaître les discriminations injustifiées entre distributeurs et utilisateurs, supprimer les remises cartellisées et, plus généralement, réduire le coût de la distribution du verre plat.

(107) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(108) Rapport pour 1973, p. 2605.

(109) Rapport pour 1974, p. 1207.

(110) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 ; cf. également l'avis « Transports de marchandises (en Corrèze) », du 26 avr. 1976.

349. — En définitive, les pratiques relatives aux prix et aux remises ont le plus souvent des conséquences malthusiennes. Les prix uniformément fixés sont calculés d'après ceux qui permettent aux entreprises marginales de survivre en accordant aux autres une rente de situation ; ils sont artificiels. Les ententes qui uniformisent les prix et les remises ont également des effets inflationnistes dans la mesure où les entrepreneurs, ne connaissant qu'une contrainte relative sur les prix, acceptent facilement les augmentations de charges, notamment salariales (111). Elles renforcent ainsi la rigidité des structures en contrariant la rationalisation et l'amélioration de la productivité. Elles sont donc contraires au progrès économique.

---

(111) A. BROCHET, *op. cit.*, p. 82.





### TITRE III

---

#### TROISIEME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 bis DEVENU L'ARTICLE 50

### Imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence

350. — L'article 59 bis prohibe les ententes « *ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet* » d'entraver le jeu de la concurrence. Partant de là, la Commission a estimé que le texte ne peut s'appliquer que si l'entente est la cause directe de l'entrave ; l'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence constitue, dès lors, la troisième condition d'application de l'article 59 bis. Elle a été affirmée pour la première fois par le rapport pour l'année 1956 qui déclare :

« La lettre et l'esprit de la loi impliquent que seules doivent être tenues pour répréhensibles les ententes auxquelles peuvent être *directement imputées* les entraves mises au jeu de la concurrence dans l'industrie envisagée » (1).

Tirant les conséquences du principe, la Commission a décidé que l'infraction n'était pas constituée lorsque « la situation de non-concurrence (a) pour *cause déterminante* des facteurs étrangers à l'entente elle-même ».

351. — Cette jurisprudence est particulièrement intéressante dans la mesure où elle met en évidence une limite au droit des ententes généralement passée sous silence. Cette exigence pose, cependant, de nombreux problèmes. S'il est normal de subordonner l'application d'un texte pénal à une condition d'imputabilité, il est évident que cette imputabilité présente, en l'espèce, des aspects particuliers

---

(1) Rapport pour 1956, p. 17 et s.

tenant au caractère original de l'infraction. Certaines causes de non imputabilité sont, en ce domaine, totalement inconcevables. On peut, alors, se demander à quels types de situations correspondent les affirmations de 1956.

352.— Le trait spécifique du concept d'imputabilité consiste dans le libre arbitre de l'auteur de l'infraction et sa faculté de déterminer sa conduite par la puissance de sa volonté (2). Il en résulte, donc, qu'une entrave ne doit pas être imputable à une entente dont les participants se sont trouvés contraints de mettre en œuvre des pratiques restrictives. Tout le problème est de savoir quels sont les événements ou les circonstances, extérieurs à l'entente, auxquels la Commission reconnaît le caractère de cause déterminante de l'entrave à la concurrence susceptible de constituer un obstacle à l'application de l'article 59 bis. L'entrave, en revanche, est incontestablement imputable à l'entente lorsque cette dernière est la cause de la limitation de la concurrence : en vertu des termes mêmes de l'article 59 bis, cette imputabilité est liée au fait que l'entente a eu pour objet ou pu avoir pour effet d'entraver le jeu concurrentiel.

Nous rechercherons donc de quelle façon le concept d'imputabilité est appelé à jouer un rôle en droit des ententes en distinguant les situations où l'entrave est imputable à une cause étrangère à l'entente (Chapitre I) et celles où l'entrave est imputable à l'entente (Chapitre II).

---

(2) R. MERLE et A. VITU, *op.cit.*, n° 544.

## CHAPITRE I

### PREMIERE SITUATION : L'ENTRAVE EST IMPUTABLE A UNE CAUSE ETRANGERE A L'ENTENTE

353. — Le rapport pour 1956 subordonne la condamnation d'une entente à l'existence d'un lien de causalité direct entre son action et l'entrave constatée dans son secteur d'activité. Il précise que si

« la situation de non-concurrence constatée (a) pour cause déterminante des facteurs étrangers à l'entente elle-même, notamment l'intervention du législateur et de l'administration (...) l'article 59 bis n' (est) pas applicable » (1).

Cette situation, déclare le rapport, ne doit pas être confondue avec celle dans laquelle l'entente résulterait elle-même d'un texte législatif ou réglementaire, comme il est prévu à l'article 59 ter-1° ; cette dernière disposition prévoit, en effet, un fait justificatif, relevant de la prohibition édictée à l'article 59 bis, les ententes qui remplissent les conditions requises (2), dont l'application ne se conçoit que dans la mesure où il y a eu incrimination préalable. L'hypothèse envisagée est totalement différente puisque c'est l'incrimination même qui se trouve écartée du fait de l'absence de lien de causalité entre l'entente et l'entrave à la concurrence.

354. — S'agissant des facteurs d'altération de la concurrence extérieurs à l'entente, la Commission n'envisageait initialement que les interventions possibles de l'Administration ou du législateur. Il conviendra, alors, d'examiner si d'autres circonstances peuvent être

---

(1) Rapport pour 1956, p. 17 et s.

(2) Infra, n° 453 et s.



retenues. En 1956, la Commission ne considérait, par ailleurs, que l'hypothèse dans laquelle l'entrave était imputable dans sa totalité à une cause étrangère. Or, l'on peut parfaitement imaginer que l'entrave à la concurrence soit due pour partie à l'entente et pour partie à des circonstances extérieures. Nous examinerons donc successivement le cas où l'entrave à la concurrence est totalement (Section 1) et partiellement (Section 2) imputable à une cause étrangère à l'entente.

## SECTION 1

### L'ENTRAVE EST TOTALEMENT IMPUTABLE A UNE CAUSE ETRANGERE A L'ENTENTE

355. — La situation évoquée en 1956 était celle de l'entrave à la concurrence totalement imputable aux interventions législatives et réglementaires. Les pouvoirs publics interviennent, en effet, dans la vie économique tant comme auteurs de nombreuses réglementations, qui, dans certains secteurs d'activité, substituent au régime de l'économie de marché et à la libre confrontation de l'offre et de la demande des formes différentes d'organisation, que comme acteurs en participant, soit directement (3), soit indirectement par l'intermédiaire d'organismes divers, à la vie économique (4).

356. — Les réglementations, d'origine législative ou réglementaire, qui limitent la concurrence sont nombreuses en France (5) et

---

(3) L'intervention directe de l'administration dans la vie économique, d'abord circonscrite à la suite des bouleversements économiques consécutifs aux conflits mondiaux, est devenue aujourd'hui systématique ; cette immixtion dans le jeu concurrentiel altère les mécanismes « naturels » du marché (F. DREYFUS, *op. cit.*, p. 105) ; la question s'est posée de savoir si les entreprises du secteur public économique exerçant des activités industrielles et commerciales doivent être soumises aux règles de concurrence dans les mêmes conditions que les entreprises privées, en dépit des contraintes particulières qui peuvent peser sur elles ; tous les auteurs s'accordent pratiquement pour répondre par l'affirmative (J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 67 et s. ; Rapport NORA sur les entreprises publiques, Doc. française, 1967 ; B. CASTAGNEDE, *L'équilibre financier des entreprises publiques*, Colin, 1971 ; R. DRAGO, *Situation et avenir des entreprises publiques en France*, Bull. de l'Institut international d'administration publique, n° 11, 1969, p. 7) ; la Commission l'a elle-même admis (avis « O.R.T.F. », du 22 nov. 1968).

(4) A. HOMONT, *Droit public économique*, Cours de droit 1975 - 1976.

(5) Dans un avis de 1974, le Conseil économique et social remarque que « c'est probablement en France qu'est la plus visible et la plus constante la tendance de l'Etat à intervenir pour corriger les effets de la concurrence, soit qu'on les juge insuffisants, soit qu'on les juge dangereux » (Avis et rapports du Conseil économique et social, séance du 28 mai 1974, *op. cit.*, p. 1123).

constituent de véritables « blocages structurels » dans certains secteurs comme l'agriculture, les transports, certaines professions du secteur des services (6). Par deux fois, lors des affaires « Affréteurs pour les expéditions de charbon », en 1956, et « Vins de Champagne », en 1969, la Commission a jugé que ces réglementations étaient si contraignantes qu'elles devaient être considérées comme la cause déterminante de l'entrave à la concurrence. Les dispositions de l'article 59 bis ne pouvaient, donc, s'appliquer aux deux ententes examinées puisqu'il n'y avait pas de lien de cause à effet entre leur activité et l'entrave constatée. L'analyse de ces deux avis permettra d'énoncer les règles de départ posées par la Commission à ce sujet (§ 1). Nous tenterons ensuite de dépasser les cas d'espèce en essayant de développer ces règles et de dégager les conditions requises pour bénéficier de ces exclusions (§ 2).

### § 1. — Enoncé des règles de départ posées par la Commission pour rejeter l'application de l'article 59 bis

357. — La Commission, par deux fois, a rejeté l'application de l'article 59 bis. Elle avait à apprécier la licéité de groupements dont les membres exerçaient leur activité dans des secteurs réglementés. Si le premier avis laissait planer une équivoque sur l'applicabilité de l'article 59 bis, le second lève tous les doutes dans la mesure où la Commission se déclare expressément incompétente en présence de certaines situations. Nous examinerons successivement ces deux avis.

#### A. — L'AVIS DU 18 FEVRIER 1956 : « AFFRETEURS POUR LES EXPEDITIONS DE CHARBON PAR VOIES NAVIGABLES »

358. — L'affaire « Affréteurs de charbon » (7) posait à la Commission le problème de la licéité d'un groupement de courtiers en transports par navigation intérieure. Ce groupement avait été constitué avec l'accord des Houillères nationales, fournisseur de la marchandise à transporter, entre des courtiers de fret qui participaient aux expéditions de charbon provenant du bassin houiller du Nord et du Pas-de-Calais.

Le secrétaire d'Etat aux Affaires économiques demanda à la Commission d'examiner si les pratiques suivies par ce groupement tombaient sous le coup de l'article 59 bis. On pouvait relever, en effet, dans la convention formant la Charte du groupement, un certain nombre de dispositions constituant des entraves à la con-

(6) Comité du VIème Plan sur la concurrence, op. cit., p. 41 et s.

(7) Rapport pour 1956, p. 20.

currence : le taux de la commission d'affrètement était fixé au maximum légal prévu par la réglementation en vigueur (5 %) ; toute ristourne à qui que ce soit d'une partie de cette commission était interdite ; l'ensemble des commissions de courtage était perçu par le groupement et réparti entre les courtiers au prorata de l'activité de chacun au cours des quatre années antérieures.

Pour apprécier la situation, la Commission se livra à une analyse détaillée du secteur considéré. Elle constata que l'activité des courtiers d'affrètement était régie par la loi du 22 mars 1941 et l'arrêté ministériel du 29 juin 1942 qui donnaient compétence exclusive au directeur de l'Office national de la navigation pour fixer les prix, toute disposition contractuelle contraire étant nulle de plein droit. Ces dispositions avaient donné lieu à une pratique administrative selon laquelle ce prix obligatoire était un prix global comprenant la commission prélevée par le courtier. La fixation à 5 % du taux de la commission était appliquée avec l'autorisation et sous le contrôle du directeur de l'Office de la navigation.

359. — Il résultait de ces constatations que le montant de la commission était sans incidence sur le prix de vente du transport et que, sur ce point, l'action du groupement ne pouvait pas favoriser une hausse artificielle de ce prix. Il y avait bien un obstacle à la baisse, en revanche, lié à l'interdiction des ristournes mais la Charte ne faisait que reproduire une disposition du règlement des chambres syndicales, rendu obligatoire par l'arrêté du 29 juin 1942, sous peine de sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion de la profession. La Commission remarqua, enfin, que les modalités de répartition des commissions par le groupement étaient sans influence sur les prix et constituaient un simple aménagement du système législatif en vigueur et de la réglementation obligatoire prise pour son application. Elle conclut que ce groupement ne tombait pas sous le coup des dispositions de l'article 59 bis.

Il convient d'insister sur le fait que la question d'une éventuelle justification de l'entente par le jeu des dispositions de l'article 59 ter-1° ne s'est pas posée ; la Commission a seulement examiné les pratiques l'une après l'autre et, après avoir admis qu'elles entravaient la concurrence, a déclaré que le groupement ne tombait pas sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis. Pareille formulation laissait planer un doute dans la mesure où, par ailleurs, l'avis de 1956 insistait sur l'absence d'effet sur les prix ; on aurait pu croire que le groupement échappait à l'incrimination parce qu'il se rangeait dans la catégorie des « bonnes ententes » non répréhensibles.

360. — Il semble pourtant que cette interprétation ne puisse être retenue ; elle ne résiste pas à un examen minutieux des raisons invoquées par la Commission à l'appui de son appréciation. Elle a pris soin, en particulier, de relever que la responsabilité propre du

groupement ne pouvait être engagée puisque la situation de non concurrence était due principalement à des dispositions législatives et réglementaires qui excluaient pour des raisons sociales, selon l'avis, mais aussi économiques (8), toute concurrence par les prix. L'entrave à la concurrence était également imputable à des pratiques administratives dont la Commission estimait qu'elle n'avait pas à s'en faire juge. Cette solution s'explique, en définitive, par le fait que le secteur économique considéré échappait au régime de l'économie de marché (9).

**B. — L'AVIS DU 19 DECEMBRE 1969 : « REGLEMENTATION PROFESSIONNELLE DANS LE SECTEUR DES VINS DE CHAMPAGNE »**

361. — L'avis « Vins de Champagne », rendu en 1969 (10), supprime toute hésitation sur le sens à donner à l'avis « Affréteurs » et confirme l'analyse selon laquelle l'article 59 bis est inapplicable lorsqu'un secteur économique est soustrait au régime de l'économie de marché.

362. — Il est indispensable, pour la compréhension de l'avis, d'exposer les grandes lignes de l'organisation de la production, de la distribution et des échanges des raisins et vins clairs, instituée par la loi du 12 avril 1941. En vertu de ce texte, le Comité interprofessionnel des vins de Champagne (C.I.V.C.) a été investi d'une mission de service public consistant à « organiser la production, la distribution et les échanges des vins « clairs » et raisins et à intervenir pour l'approvisionnement du marché et son assainissement ». Dans le cadre de cette mission, le C.I.V.C. fixait les prix de vente des raisins et des vins pour chaque récolte et répartissait autoritairement la production offerte par les récoltants entre les utilisateurs, c'est-à-dire les négociants en Champagne.

En 1959, le comité avait institué un système « d'engagements », ou contrats à long terme entre récoltants et négociants, assurant aux récoltants engagés une sécurité de vente en année excédentaire et, réciproquement, une sécurité d'approvisionnement pour les négociants en année déficitaire. En même temps, la société d'intervention de la Champagne viticole était créée, à l'initiative du C.I.V.C., sous la forme d'une S.A.R.L. par parts égales entre deux organismes spécialement constitués à cet effet : d'une part, la Société civile des

---

(8) Les revendications des artisans bâteliers soutenues par des grèves qui embouteillèrent tout le réseau navigable furent le facteur décisif qui amena le législateur et l'autorité administrative à intervenir, mais ils y furent poussés par des motifs économiques, en particulier le rendement insuffisant et la nécessité de coordonner ces transports avec ceux par chemin de fer (E. ESCARRA et J. RAULT, t. II par J. HEMARD, op. cit., n° 1185).

(9) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 66.

- (10) Rapport pour 1973, p. 2623.



négociants champenois (regroupant les syndicats de négociants), d'autre part la Coopérative du vignoble champenois (réunissant les récoltants engagés). Cette société, destinée à compléter les garanties offertes aux vignerons engagés, avait pour unique objet d'acheter les récoltes engagées qui n'auraient pu être écoulées dans une année très excédentaire, de les transformer en « vins clairs » et de commercialiser ces vins. Pour cela, elle devait avoir recours à des avances bancaires ou à des appels de fonds auprès des professionnels engagés ; les formules d'engagement comportaient la promesse de participer à ces appels de fonds par l'intermédiaire de la coopérative pour les vignerons, des syndicats pour les négociants.

363. — La Commission devait se prononcer sur l'éventuelle illécitité de la Société d'intervention au regard de la législation réprimant les ententes anticoncurrentielles (11).

Elle a estimé, d'abord, que la Société d'intervention constituait le support financier du système, institué en 1959 par le comité et reconduit en 1967 avec quelques modifications de détail, la participation au financement de ladite société étant nécessairement liée à la souscription d'un engagement.

Au problème de savoir, ensuite, si cette société constituait une entente illicite, la Commission a répondu par la négative en se fondant sur deux sortes d'arguments. Elle a observé, d'une part, que les prix du raisin et du vin de Champagne étaient fixés par une décision unilatérale du commissaire du Gouvernement et que, malgré la consultation préalable des organismes paritaires, les prix n'étaient pas soumis au libre jeu de l'offre et de la demande. Elle a noté, d'autre part, que la création et le fonctionnement de la Société d'intervention faisaient partie intégrante du mécanisme mis en place par le C.I.V.C. Or, cet organisme, bien qu'il soit composé de professionnels, a le caractère d'une autorité administrative : la loi de 1941 lui confère des prérogatives de droit public ; il a le pouvoir de prendre des décisions réglementaires assorties de sanctions administratives, et de constituer des fonds de péréquation ou des caisses de garantie (12).

---

(11) La saisine de la Commission dans l'affaire des vins de Champagne eut lieu à la suite de questions posées l'une par le juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Châlons-sur-Marne (à la suite d'une plainte déposée par un négociant en champagne pour infraction à l'article 419 du Code pénal commise par les dirigeants de la Société d'intervention de la Champagne viticole), l'autre par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Reims (une plainte analogue ayant été déposée par le même négociant d'abord contre le comité interprofessionnel du vin de Champagne et la Société d'intervention, et expressément limitée ensuite par le plaignant à cette dernière société). La première plainte visait la constitution de la société et son rôle dans le mécanisme institué par le comité interprofessionnel du vin de Champagne (C.I.V.C.) entre 1959 et 1966, la seconde son fonctionnement pour la période allant de 1967 à 1975.

(12) Le Conseil d'Etat saisi par le même négociant, avait reconnu que les décisions du C.I.V.C. constituaient des actes réglementaires susceptibles de

Ainsi, bien que la concurrence ait été totalement supprimée entre les récoltants et sérieusement limitée entre les négociants, cette action s'inscrivait-elle dans le cadre d'une réglementation plaçant entièrement le marché sous le contrôle d'une autorité administrative et la Commission a estimé qu'elle n'avait pas à donner d'avis sur l'institution et le maintien d'un tel régime, si contraignant soit-il, quand bien même il ne répondrait pas aux intérêts des consommateurs ou s'écarterait des impératifs assignés à la législation des ententes et des positions dominantes.

364. — Comme dans l'affaire des affréteurs, il ne s'agit pas de l'application de l'article 59 ter-1<sup>o</sup>, qui justifierait l'entente parce qu'elle « résulte d'un texte législatif ou réglementaire », mais d'une hypothèse dans laquelle la réglementation ayant pour effet d'abolir toute concurrence entre les particuliers, « la recherche et la condamnation d'éventuelles actions concertées n'a plus aucun sens ». S'expliquant sur sa position et, en particulier, sur son refus de recourir à l'article 59 ter, la Commission précise dans son rapport que « lorsqu'un marché est totalement administré, les appréciations qu'impliquent les articles 59 bis et suivants de l'ordonnance de 1945 perdent leur objet » (13). Telle est donc la règle de départ posée par la Commission : lorsqu'un marché est *totalement administré*, l'article 59 bis est inapplicable.

## § 2. — Développement des règles de départ posées par la Commission pour refuser l'application de l'article 59 bis

365. — La Commission a rejeté l'applicabilité de l'article 59 bis dans deux cas seulement. Elle ne se déclare incompétente que lorsqu'un marché est « totalement administré ». Il importe de savoir ce qu'elle entend exactement par cette formule. Cela signifie d'abord incontestablement que le secteur en cause doit être soustrait au régime de l'économie de marché, et soumis à une réglementation restrictive de la concurrence. Il est toutefois indispensable de rechercher les éléments d'appréciation retenus par la Commission pour décider que le secteur en cause est « totalement administré », et refuser, en conséquence, de se prononcer sur les pratiques anticoncurrentielles suivies par les professionnels dont l'activité est ainsi réglementée. L'intérêt pratique de cette détermination est considérable dans la mesure où de nombreuses professions, les professions libérales par exemple, sont soumises à des réglementations particulières.

---

recours pour excès de pouvoir et admis que le système de 1959 était au nombre des mesures autorisées par la loi de 1941 et ne méconnaissait pas les principes généraux du droit invoqués par l'intéressé (C.E. 19 janv. 1968, Sieur Gentils, Rec. p. 44) ; la Commission a estimé que le mécanisme mis en place par la décision de 1967 n'était pas sensiblement différent, de ce point de vue, de celui de 1959.

— (13) Rapport pour 1973, p. 2603.

Pour rejeter l'application de la législation sur les ententes, la Commission apprécie la situation au regard de deux conditions : le secteur considéré doit être soustrait au régime de liberté en vertu d'une réglementation générale et obligatoire ; l'application de cette réglementation doit avoir été confiée à une « autorité administrative », pour reprendre la formule du Conseil d'Etat (14), qui contrôle les activités des particuliers.

#### A. — CONDITIONS TENANT A L'EXISTENCE D'UNE REGLEMENTATION DEROGANT AU PRINCIPE DE LA LIBRE CONCURRENCE

366. — L'exclusion des règles de concurrence n'est concevable qu'en présence d'une réglementation dérogeant au principe de la libre concurrence. Cela suppose que l'on soit en présence d'une véritable réglementation, ayant pour effet de soustraire un marché au régime de liberté et ayant un caractère général.

367. — L'exigence d'une réglementation conduit, en premier lieu, à ne pas tenir compte des hypothèses où les pratiques anticoncurrentielles perpétrées par les entreprises ont reçu un assentiment tacite ou exprès, voire un appui ouvert des pouvoirs publics (15). Cette circonstance, inopérante au regard de l'article 59 ter-1° (16), l'est, *a fortiori*, dans le cas que nous envisageons. Il est donc indispensable que l'organisation du marché en cause soit due à l'intervention du législateur et des autorités administratives.

368. — Cette réglementation doit, en second lieu, avoir pour effet de soustraire un marché au régime de liberté. Cela signifie qu'un texte législatif ou réglementaire doit substituer un régime autoritaire à celui qui résulterait normalement de la libre confrontation de l'offre et de la demande. Seul, le législateur est, en principe, compétent pour limiter la liberté du commerce et de l'industrie mais l'Administration peut intervenir en vertu, soit d'une habilitation exceptionnelle du législateur, soit d'un pouvoir général de police. Ces atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie sont en général justifiées par des impératifs économiques ou sociaux : dans l'affaire des « affréteurs » la Commission prend soin de le relever, de même que dans celle des « vins de champagne » où elle précise que la loi de 1941 avait pour but l'assainissement du marché. Lorsque les atteintes résultent directement d'un acte administratif, elles sont dès lors soumises au contrôle du Conseil d'Etat (17).

(14) C.E. 19 janv. 1968, Sieur Gentils, précité.

(15) Il s'agit malheureusement d'un comportement fréquent, cf. F. JENNY et A.-P. WEBER, L'administration va-t-elle continuer à encourager les pratiques anticoncurrentielles ? in « Le Monde de l'Economie », 20 mai 1975, p. 7.

(16) Rapport pour 1958 et 1959, p. 306 ; *infra*, n° 463 et s.

(17) Le contrôle juridictionnel des actes d'intervention économique semble se développer depuis quelques années, grâce à l'exigence d'une atteinte « justifiée » à la liberté du commerce et de l'industrie (M. GUIBAL, *op. cit.*, *loc. cit.*).



Une quelconque réglementation restrictive de la concurrence ne suffit toutefois pas à empêcher l'application de l'article 59 bis : seule une réglementation supprimant la concurrence parviendra, semble-t-il, à ce résultat. Elle doit donc avoir un caractère obligatoire et les professionnels ne doivent pas avoir la possibilité de se soustraire aux obligations imposées et de s'organiser différemment : ainsi, dans l'affaire des affréteurs, la Commission relevait-elle que l'interdiction des ristournes sur les commissions résultait d'une réglementation professionnelle rendue obligatoire sous peine de sanctions par l'arrêté du 22 juin 1942.

369. — La réglementation doit, enfin, être générale : c'est la totalité d'un secteur qui doit être soustraite au régime de l'économie de marché. Au contraire, lorsqu'une réglementation s'impose à un secteur économique de façon précise et directe sans pour autant placer ce secteur dans son ensemble en dehors du régime de liberté, on se trouve en présence d'un cas d'application de l'article 59 ter-1° (18). La réglementation a ce caractère général lorsqu'elle a pour objet l'organisation d'un marché dans son ensemble (production, distribution et commercialisation d'un produit déterminé, aménagement des relations entre les personnes intervenant sur ce marché, comme dans l'affaire des vins de Champagne, ou lorsqu'elle prévoit toutes les conditions d'exercice d'une profession. Il ne suffit pas que soit prévu seulement un certain mode d'intervention sur le marché (19), ou bien que l'accès à une profession soit soumis à certaines conditions, l'exercice de la profession restant libre.

La Commission, faisant preuve de son pragmatisme coutumier, ne s'attache cependant pas uniquement à la constatation de l'existence d'une telle réglementation. Cette condition, nécessaire, n'est pas suffisante. Il convient d'examiner, en outre, les modalités d'application de cette réglementation afin de voir si toute liberté est effectivement supprimée sur le marché considéré : ceci implique l'intervention d'une « autorité administrative » compétente pour contrôler l'application des dispositions qui limitent la concurrence entre les particuliers.

#### B. — CONDITION TENANT À L'INTERVENTION D'UNE « AUTORITÉ ADMINISTRATIVE » CHARGÉE DE L'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION

370. — L'intervention d'une « autorité administrative », chargée de l'application et du contrôle de la réglementation, constitue

(18) Rapport pour 1973, op. cit., p. 2603 ; infra, 2ème Partie.

(19) C'était le cas dans l'affaire « Industrie du sel » à propos de laquelle la Commission a fait application de l'art. 59 bis et a refusé d'admettre la justification tirée des dispositions de l'article 59 ter-1° (avis du 17 nov. 1962).



la seconde condition permettant d'affirmer que le marché est « totalement administré ». Le refus d'appliquer l'article 59 bis tient au fait que « la situation de non concurrence a pour cause des facteurs étrangers à l'entente elle-même » (20) et ne peut donc lui être imputée. C'est parce que les professionnels n'ont aucune liberté, ou, plus exactement, aucun pouvoir de décision, qu'ils ne peuvent être condamnés du fait de pratiques anticoncurrentielles qui leur sont imposées par une « autorité administrative », selon l'expression de la Commission dans l'affaire « Vins de Champagne ». Il faut entendre, par là, tout organisme qui bénéficie de prérogatives de puissance publique (21). Un problème de qualification peut donc surgir en présence d'organismes professionnels intervenant sur le marché. Il convient de préciser quels sont les organismes concernés et d'envisager leurs modalités d'intervention.

# 1°) DETERMINATION DE LA QUALITE D'AUTORITE ADMINISTRATIVE DE L'ORGANISME CHARGE DE L'APPLICATION DE LA REGLEMENTATION

371. — L'exigence de l'intervention d'une autorité administrative, chargée de faire appliquer la réglementation dérogeant au principe de la libre concurrence, pose certains problèmes de qualification de la nature juridique des organismes professionnels intervenant sur un marché. Cette qualification résulte parfois d'une décision de justice (22) avant laquelle le problème reste en suspens. Des difficultés risquent donc de surgir, notamment dans le secteur agricole, sur les marchés « souples » où des organismes professionnels sont appelés à intervenir sur les marchés vinicole, de la viande, des produits laitiers. L'affaire des « sucres dénaturés » examinée par la Commission (23) en est une illustration ; l'avis a, en effet, admis que le groupement interprofessionnel qui intervenait sur le marché (le G.N.I.B.C.) avait pu apparaître à tort aux professionnels comme détenteur de prérogatives de puissance publique ; mais cette circonstance ne pouvait décharger les entreprises de leur responsabilité,

(20) Rapport pour 1956, p. 17.

(21) J. CHEVALLIER, Le service public, Doss. Thémis 1971.

(22) Il a fallu un arrêt du Conseil d'Etat pour reconnaître au C.I.V.C. la qualité d'autorité administrative, déclarer que ses décisions étaient des actes administratifs réglementaires susceptibles de recours pour excès de pouvoir et admettre que le système mis en place était au nombre des mesures autorisées par la loi de 1941 (C.E. 19 janv. 1968, Sieur Gentils, précité) ; une autre décision a d'ailleurs été rendue à propos de l'action du C.I.V.C. restreignant l'activité des négociants-manipulants : le Conseil d'Etat a jugé l'atteinte justifiée parce que fondée sur un intérêt économique, parce que les négociants intéressés sont dans une situation différente de celle d'autres négociants et, enfin, parce que la mesure n'aboutit pas à interdire l'activité de négociant (C.E. 20 févr. 1970, S.A. Moët et Chandon, A.J.D.A. 1970, p. 429).

(23) Avis « Commercialisation des sucres dénaturés », des 2 oct. et 27 nov. 1970.

alors surtout qu'elles n'étaient pas dépourvues de moyens d'action pour orienter l'action du groupement.

372. — Le problème est encore plus délicat en présence d'ordres professionnels chargés de faire appliquer et respecter les règles professionnelles des professions libérales. La nature juridique de ces organismes a soulevé de nombreuses controverses et, si l'on s'accorde sur le fait qu'ils sont investis d'une mission de service public, l'unanimité est loin d'être faite sur leur nature privée ou publique (24). Le service public que doivent assurer ces organismes ne consiste d'ailleurs pas dans la gestion de la profession elle-même mais dans la représentation des professionnels et le contrôle général de la profession (25). Ceci nous conduit alors à examiner les problèmes relatifs aux modalités d'intervention de l'autorité administrative chargée de faire appliquer une réglementation dérogatoire au principe de la libre concurrence.

## 2°) MODALITES D'INTERVENTION DE L'AUTORITE ADMINISTRATIVE CHARGEE DE FAIRE APPLIQUER LA REGLEMENTATION

373. — L'exclusion du champ d'application des règles de concurrence ne se justifie que si l'entrave n'est pas imputable à l'entente. Cela suppose donc que l'intervention de l'autorité administrative, chargée de l'application d'une réglementation dérogeant au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, a pour effet de supprimer toute liberté des particuliers. Cette absence de liberté s'apprécie du double point de vue de la fixation des prix et de l'exercice des activités professionnelles.

### a) *L'autorité administrative intervient par la fixation autoritaire des prix*

374. — Cette modalité d'intervention constitue un élément essentiel d'appréciation dans la mesure où la liberté de fixer les prix, sans aucune intervention extérieure, est un trait fondamental du régime libéral de l'économie de marché.

Or, il faut remarquer qu'en France, si les prix sont libres à l'importation et à l'exportation, sur le marché intérieur ils sont, en principe, contrôlés : généralement l'Administration fixe un **prix maximum** autorisé ou les marges, la concurrence pouvant jouer à

---

(24) Cf. en particulier M. GUIBAL, Les ordres professionnels, thèse Montpellier 1970.

(25) Ce contrôle porte plus précisément sur la déontologie et la surveillance des professionnels destinés à procurer à la clientèle certaines garanties de compétence et de moralité, cf. J. de SOTO, Grands services publics et entreprises nationales, Montchrestien 1971, p. 128 et s.

la baisse (26). Ce blocage des prix ne suffit pas à écarter l'application de l'article 59 bis ; il en résulte, sans doute, une limitation de la liberté des professionnels mais non sa suppression. Lorsque ce blocage a des effets anticoncurrentiels imputables à l'Administration (27), la Commission recommande de le supprimer mais cela ne l'empêche pas de faire application des dispositions de l'ordonnance de 1945 (28). Il faut, au contraire, pour parvenir à ce résultat que les prix soient imposés autoritairement par l'Administration ainsi que cela a été relevé dans les affaires « Affréteurs » et « Vins de Champagne » ; dans le premier cas, le prix obligatoire était fixé par le directeur de l'Office de la navigation, la fixation de la commission de courtage au niveau maximum se faisait avec son autorisation, et, le prix du fret étant un prix global, le montant de la commission n'avait, d'ailleurs, aucune incidence sur le prix de vente du transport. Dans le deuxième exemple, l'avis précise que les organismes paritaires étaient consultés mais que le prix était fixé pour chaque récolte par décision unilatérale du commissaire du Gouvernement : en conséquence, ces prix ne pouvaient être regardés comme soumis au « jeu naturel de l'offre et de la demande ».

Estimant qu'elle n'a pas à se faire juge des pratiques administratives (29), la Commission refuse, toutefois, de condamner au titre de l'article 59 bis les professionnels dont les activités ont été soumises à son appréciation alors que l'Administration est seule responsable de l'absence totale de concurrence par les prix dans la mesure où ils sont directement fixés par elle.

b) *L'autorité administrative intervient en contrôlant l'exercice des activités professionnelles*

375. — Le régime de l'économie de marché se caractérise non seulement par la liberté de fixer les prix mais aussi par le libre exercice des activités professionnelles. Un secteur économique est, donc, soustrait à ce régime lorsque les professionnels exercent leurs activités sous le contrôle d'une autorité administrative. Tel était le cas

---

(26) La réglementation des prix en France ne se limite pas à leur contrôle ; sont également interdites les pratiques suivantes : vente à perte, prix d'appel, prix discriminatoires, avantages non justifiés ; par ailleurs, si les prix imposés sont interdits, il existe certaines exceptions (rares) ayant pour but de limiter la concurrence entre les distributeurs dans le souci de protéger certains intérêts ; sur l'imputabilité de l'entrave à l'entente en présence d'une réglementation des prix, *infra*, n° 385 et s.

(27) Le Conseil économique et social remarque que les prix maximum ayant tendance à devenir des prix de référence, il s'ensuit une rigidité contraire aux intentions de l'Administration, et qu'en définitive les effets sont souvent nocifs, sinon désastreux (*op. cit.*, p. 1115).

(28) Avis « Meules et produits abrasifs agglomérés », du 17 déc. 1955.

(29) Ce qui ne l'a pas empêchée de se montrer sévère à l'égard de certaines réglementations (avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 ; « Explosifs industriels », du 27 mai 1966).

dans l'affaire des affréteurs : le directeur de l'Office de la navigation contrôlait l'application du taux de commission ; il avait approuvé les réglementations professionnelles obligatoires dont l'inobservation entraînait des sanctions. L'Office était également compétent pour centraliser les demandes et offres de fret et distribuer celui-ci selon un « tour de rôle » (30) (31). Les courtiers n'avaient, en l'espèce, pratiquement plus aucune liberté sinon celle d'exercer leur activité selon les modalités qui leur étaient imposées. Ils avaient, toutefois, pris une initiative personnelle en adoptant un mode particulier de répartition des commissions : la Commission a pris soin de relever que cette pratique constituait un simple « accessoire » des dispositions législatives et réglementaires, dépourvu d'incidence sur les prix. On peut penser *a contrario* que si des professionnels mettaient à profit les rares possibilités d'initiative qui leur sont laissées pour entraver la concurrence, ils seraient condamnés.

Dans l'affaire des vins de Champagne, la Commission a également justifié le refus d'appliquer l'article 59 bis par le fait que les activités de la Société d'intervention n'étaient pas le résultat d'une entente entre professionnels dont les décisions seraient ensuite homologuées par les pouvoirs publics, mais *de l'intervention, sur habilitation du législateur, d'une autorité administrative réglementant étroitement la production et les échanges des produits concernés*. C'est, donc, parce que leurs activités sont étroitement contrôlées par une autorité administrative que les particuliers ne peuvent être tenus pour responsables des pratiques qu'ils suivent, même si elles entravent la concurrence, puisque l'Administration est la cause de l'entrave.

376. — Les dispositions de l'ordonnance de 1945 sont donc inapplicables dans le seul cas où l'entrave à la concurrence résulte directement d'une réglementation qui soustrait un secteur au régime de l'économie de marché lorsque l'application de cette réglementation a été confiée à une autorité administrative qui contrôle les professionnels de ce secteur et ne leur laisse pratiquement aucune liberté. Ces principes paraissent d'application relativement aisée en ce qui concerne les professions industrielles et commerciales. Les professions libérales posent, en revanche, un problème beaucoup plus difficile. Elles sont, sans aucun doute, régies par des réglementations particulières qui limitent la concurrence et leurs membres sont soumis à un certain contrôle effectué par des organismes profession-

---

(30) A. de LAUBADERE, Traité de droit administratif, t. II, vol. 2, n° 1098 ; « les mesures législatives et réglementaires de réorganisation des transports par navigation intérieure ont, en élargissant sans cesse les pouvoirs de l'autorité administrative, « abouti à une main-mise de plus en plus complète d'organes administratifs sur ces transports » (E. ESCARRA et J. RAULT, op. cit., n° 1185 et s.).

(31) Sur les pratiques de « tour de rôle » suivies par les entreprises dans les secteurs soumis à l'application de 59 bis, supra, n° 213.



nels à caractère corporatif; mais il peut paraître discutable de les faire bénéficier d'une immunité absolue au regard de la législation des ententes (32).

377. — On notera, cependant, la position adoptée par la Commission lors du deuxième avis relatif à la distribution des produits pétroliers. A la suite de la « guerre du Kippour », en octobre 1973, la situation du marché fut totalement bouleversée. L'accroissement des difficultés d'approvisionnement du marché français et l'augmentation du coût des importations provoquèrent l'intervention des pouvoirs publics afin de faire entrer la distribution des produits pétroliers dans un régime nouveau. Les pratiques suivies par les entreprises pour la période postérieure à octobre 1973 furent, malgré cela, examinées par la Commission. Plus ambigu que les avis précédemment étudiés, celui relatif aux pétroliers n'a cependant pas prononcé de condamnation au motif que

« compte tenu des bouleversements intervenus, il n'a pas été possible pour la commission de contrôler le respect des règles de concurrence en temps normal » (33).

Cette solution s'explique par deux sortes de raisons : les pratiques étaient, tout d'abord, conformes aux directives de l'Administration, mais, surtout, à la date de leur mise en œuvre,

« il n'existait pas de concurrence dans le secteur de la distribution des produits pétroliers du fait de la pénurie de ces produits ».

378. — La démarche de la Commission est donc claire. Imputer l'entrave à la concurrence à une entente lorsque la concurrence n'existe pas serait un non sens. Lorsque la concurrence est impossible, soit qu'une réglementation ait soustrait un secteur entier au régime de liberté, soit en raison de perturbations économiques très graves, les règles de concurrence n'ont pas lieu de s'appliquer.

---

(32) Le comité du VIème Plan sur la concurrence, sans remettre en cause les réglementations professionnelles conçues pour protéger la clientèle, recommande de pourchasser l'abus économique, c'est-à-dire le malthusianisme caractérisé par des privilèges dont le coût, contrepartie de la rente servie aux professionnels, est généralement élevé pour la collectivité, sans tourner nécessairement au bénéfice final des intéressés, comme c'est le cas pour la pharmacie d'officine (Rapport du Comité du VIème Plan sur la concurrence, op. cit., p. 58 et s.) ; comp. J.-B. BLAISE, op. cit., n° 67 *in fine*.

(33) 2ème avis « Distribution des produits pétroliers », du 21 mai 1976.

## SECTION 2

L'ENTRAVE EST PARTIELLEMENT IMPUTABLE  
A UNE CAUSE ETRANGERE A L'ENTENTE

379. — Il peut arriver que, sans être totalement supprimée, la concurrence soit freinée par des circonstances extérieures à l'entente. Cela se produit lorsqu'un secteur économique est soumis à une réglementation restrictive sans pour autant présenter le caractère de « secteur totalement administré » tel que nous avons tenté de le définir (34). Indépendamment des interventions législatives ou réglementaires, les particularités propres à certains marchés ont, parfois, pour effet de limiter considérablement le jeu concurrentiel. Le problème est de savoir si une entente mettant en œuvre des pratiques restrictives tombe encore sous le coup de la prohibition lorsque la concurrence se trouve déjà partiellement altérée par des causes étrangères. Il ne s'agit pas là de questions d'école et la Commission a eu l'occasion de se prononcer sur l'imputabilité à une entente de l'entrave à la concurrence lorsque celle-ci est partiellement freinée du fait de réglementations restrictives (§1) ou des particularités de certains marchés (§2).

§ 1. — L'entrave a pour cause partielle une réglementation  
resrteignant la concurrence

380. — Deux hypothèses sont à envisager selon que la réglementation a pour objet une organisation de l'ensemble du marché sur lequel évolue l'entente, ce qui implique qu'elle est assez contraignante, ou ne porte que sur les prix.

A. — REGLEMENTATION ORGANISANT L'ENSEMBLE DU  
MARCHE

381. — Le problème de l'imputabilité de l'entrave à une entente en présence d'une réglementation organisant l'ensemble d'un marché sans le soustraire totalement au régime de liberté soulève quelques difficultés. Ainsi que le relève le rapport pour 1973, l'intervention de l'Administration dans certains secteurs économiques a pour conséquence la coexistence de zones placées dans une situation réglementaire et de zones de liberté. Il faut déplorer que les frontières présentent un tracé imprécis, et

« qu'une certaine confusion règne du fait de la disparité des régimes : le plus souvent un effet de contagion se produit au détriment de ce qui reste de la concurrence » (35).

(34) Supra, n° 365 et s.

(35) Rapport pour 1973, p. 2605.

382. — Cet environnement peut être pris en considération lors de l'examen des suites à donner à l'affaire (36), mais ne peut être retenu au stade de l'incrimination. Le fait que la concurrence soit partiellement entravée par des causes étrangères à l'entente ne permet pas à cette dernière d'échapper aux dispositions de l'article 59 bis quand elle met en œuvre des pratiques qui ont pour conséquence d'aggraver les restrictions de la réglementation en vigueur (37), lorsqu'il apparaît que, sous réserve des restrictions imposées, les pouvoirs publics « entendent voir s'appliquer l'ensemble des règles de l'économie de marché » (38).

383. — Inversement, la prohibition ne peut jouer que s'il y a un rapport réel de cause à effet entre l'action de l'entente et ces restrictions supplémentaires à la concurrence. La question est, alors, de savoir comment apprécier ce lien de causalité.

Une première méthode réside dans la comparaison des effets résultant de l'activité de l'entente et de la situation des entreprises extérieures. L'avis « Meunerie parisienne » constate, par exemple, que l'entente a contribué à cristalliser une situation, qui s'est ensuite trouvée enregistrée par un arrêté de 1958, et que cette action a

« antérieurement à l'arrêté du 31 mars 1958, entravé comme le prouve la progression des moulins indépendants une évolution de la structure de l'industrie... de nature à permettre une réduction des coûts de production par une concentration de l'activité » (39).

Cette comparaison n'est cependant possible que si l'entente ne regroupe pas l'ensemble des entreprises de la profession.

L'avis rendu à propos de l'affaire des « Vins doux naturels » (40) illustre de façon intéressante la méthode suivie par la Commission dans son appréciation du rapport de cause à effet entre l'action de l'entente et l'entrave lorsque la concurrence est partiellement restreinte par une réglementation. La situation était très proche de celle constatée dans le secteur des « Vins de champagne » (41). Une loi de 1943, modifiée en 1956, avait confié l'organisation du marché à un comité interprofessionnel des vins doux naturels et vins de liqueur à appellation contrôlée (C.I.V.D.N.), sous le contrôle du ministre de l'Agriculture. En vertu d'un décret du 9 décembre 1969, il était prévu que ce dernier fixait, sur avis du C.I.V.D.N., le volume des vins susceptibles d'être mis sur le marché, la répartition de « crédits de commercialisation » et les prix indicatifs à la production

---

(36) La Commission retiendra par exemple cet « environnement » au titre des circonstances atténuantes (*infra*, 2ème Partie).

(37) Sur la possibilité d'invoquer une réglementation restrictive de la concurrence au titre de l'article 59 ter-1<sup>o</sup>, *infra*, n° 453 et s.

(38) 1er avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(39) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959.

(40) Avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976.

(41) *Supra*, n° 361 et s.

ainsi que les prix maximum et minimum d'intervention. Le C.I.V.D.N. intervenait, par ailleurs, en enregistrant tous les contrats conclus entre producteurs et négociants (42) et en établissant les certificats auxquels est subordonnée la délivrance des titres de mouvement justifiant la sortie des vins des chais des récoltants. Un groupe de travail interprofessionnel soumit alors aux pouvoirs publics un projet de modification de la réglementation tendant à instituer une carte professionnelle délivrée par le C.I.V.D.N. et obligatoire pour toute transaction. Ce projet ayant été refusé, les négociants et la plupart des producteurs décidèrent de constituer un groupement d'intérêt économique, qui, non enregistré au registre du commerce, demeura un groupement de fait. C'est à ce groupement que la Commission a reconnu le caractère d'entente illicite : il ne se présentait pas, en effet, contrairement à la situation constatée dans le secteur des vins de Champagne, comme un élément indispensable à l'application de la réglementation en vigueur, mais comme une entente, librement constituée par les intéressés, pour imposer un prix unique sur le marché et se substituer à l'organisme prévu par la loi dans l'attribution des visas, qu'il subordonnait au respect des conditions imposées par lui quant au prix et conditions de vente. Loin de se limiter à assurer l'organisation du marché, telle qu'elle était prévue par les textes en vigueur (43), les entreprises en entente ont supprimé ce qui restait de concurrence sur le marché en mettant en œuvre des pratiques encore plus contraignantes. Les dispositions de l'article 59 bis devaient donc s'appliquer dans la mesure où les professionnels

« ont eu pour but d'établir une concertation pour mettre en œuvre des règles qui figuraient dans un projet de texte réglementaire non adopté par l'autorité compétente, ce qui aboutissait à ajouter de nouvelles restrictions de la concurrence à celles qu'impliquait la réglementation en vigueur, laquelle était d'ailleurs suffisante pour assurer aux producteurs une régulation suffisante du marché ».

384. — Il résulte des avis de la Commission que, lorsqu'une réglementation laisse subsister une possibilité de concurrence, toute concertation des entreprises tendant à la limiter entraîne condamnation de l'entente, quand bien même elle ne serait que la cause partielle de l'entrave à la concurrence. Il a donc été décidé que

---

(42) Il était également prévu que, lorsque les prix résultant des contrats présentés seraient supérieurs ou inférieurs aux prix maximum ou minimum fixés par le ministre de l'Agriculture, la « date de libération » de la tranche suivante serait obligatoirement avancée ou retardée.

(43) D'après la réglementation en vigueur le prix devait résulter de libres négociations ; dans l'affaire « Vins de Champagne », il était, au contraire, fixé par décision du Commissaire du gouvernement ; l'action des professionnels dans le secteur des vins doux naturels supprimait ces libres négociations au profit de la pratique d'un prix fixé par voie de concertation.



lorsque la réglementation en vigueur offre aux clients, tant privés que publics, une possibilité de choix de leurs fournisseurs,

« toute pratique qui... tend à supprimer cette possibilité de choix et à imposer aux clients un fournisseur préalablement désigné doit être proscrite » (44).

## B. — RÉGLEMENTATION PORTANT SUR LES PRIX

385. — Un problème particulier se pose lorsque le seul indice de l'existence d'une entente réside dans le parallélisme d'action des entreprises en matière de prix. On sait que, depuis 1972 (45), la Commission en tire une présomption de concertation sous réserve que la concordance des comportements se manifeste en période de liberté des prix. L'existence d'une réglementation des prix ne constitue pas, pour autant, un obstacle à l'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence. Pour l'admettre, il faudrait, en effet, que soient réunies deux conditions : d'une part, que la réglementation comporte « une limitation des prix à ce point sévère qu'elle ait compromis la rentabilité et l'expansion des entreprises les mieux placées » (46) ; d'autre part, que l'identité des prix soit « la conséquence nécessaire » de la réglementation invoquée. L'avis « Verre creux mécanique » apporte, à cet égard, des précisions intéressantes ; il relève, en effet, que l'identité des prix pratiqués par les adhérents n'avait subi aucune atténuation à l'occasion des hausses successives autorisées par l'Administration. Or, le système des hausses moyennes par familles de produits « offrait la possibilité d'une modulation des hausses par chaque producteur en fonction de la répartition de son chiffre d'affaires » (47). Le fait de ne pas l'avoir exploitée montre bien que l'entrave devait être imputée à l'entente et non à la réglementation qui permettait des différences de prix.

386. — Il convient, également, d'examiner ici le second avis relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution des produits pétroliers (48). A la suite des perturbations économiques consécutives à la « guerre du Kippour » les sociétés pétrolières ont, au cours de l'année 1973, refusé systématiquement de soumissionner aux marchés publics ou diminué les remises offertes dans ces marchés. Elles prétendaient qu'il n'était pas rentable de soumissionner à des marchés publics, comportant des engagements de fournitures à prix ferme portant sur plusieurs mois, du fait de la disparité entre les prix autorisés sur le marché français et le

(44) Rapport pour 1973, p. 2605 (à propos de l'affaire des pétroliers, avis du 9 févr. 1973).

(45) Rapport pour 1972, p. 25 ; sur les questions de preuve de l'entente, cf. *supra*, n° 177 et s.

(46) Rapport pour 1973, p. 2604.

(47) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976.

(48) 2ème avis « Distribution des produits pétroliers », du 21 mai 1976.

niveau des prix étrangers. Cette disparité avait d'ailleurs pour conséquence un freinage sensible des importations. Il est intéressant de noter que la Commission n'a pas prononcé de condamnation en raison de l'absence de preuves, et non parce qu'elle estimait que l'entrave n'était pas imputable à l'entente. L'avis déclare, en effet,

« qu'il n'est pas établi... que les pratiques constatées en matière de marchés publics aient eu *une autre cause* que le niveau relatif des prix français » (49).

387. — Nous constatons donc que l'existence d'une réglementation restreignant partiellement la concurrence, en organisant un marché ou en fixant les prix autorisés, ne constitue pas, en soi, un obstacle à l'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence. Dès lors qu'il apparaît que les pratiques mises en œuvre ont contribué à accroître les effets de cette réglementation, l'entente est considérée comme cause partielle de l'entrave et tombe, alors, sous le coup de la prohibition si l'existence du lien de causalité est établie.

## § 2. — L'entrave a pour cause partielle les particularités de certains marchés

388. — La notion de concurrence est étroitement liée à celle de marché ; elle suppose que les lois du marché puissent jouer normalement. Or, certains marchés présentent des particularités telles que les lois habituelles de fonctionnement se trouvent altérées, indépendamment de toute action concertée. En pareille situation, il est tentant pour les entreprises de prétendre que leur entente n'est pas la cause déterminante de l'entrave à la concurrence puisque ce sont, au contraire, les particularités du marché qui l'empêchent d'exister. On note, à cet égard, une évolution à travers les avis de la Commission. Si, au cours des premières années, les caractéristiques du marché sont rarement prises en considération (50),

---

(49) La Commission prend soin de préciser que « si ces comportements parallèles n'étaient pas justifiés par une situation de prix particulière, ils ne pourraient s'expliquer que par une entente qui constituerait une pratique prohibée par l'article 59 bis » ; l'avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 démontre, par ailleurs, que l'existence d'une réglementation des prix, même très contraignante, ne constitue pas un obstacle à l'examen de la situation de la concurrence dans le secteur considéré et à la condamnation de pratiques anticoncurrentielles ouvertement et sciemment contraires à la loi.

(50) Voir cependant l'avis relatif à l'affaire « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 : la Commission relevait qu'il s'agissait d'un secteur particulier, posant des problèmes comparables à ceux de certains produits agricoles, caractérisé par l'aspect saisonnier et les à-coups de la production ainsi que le caractère périssable des produits ; elle en déduisait que ces particularités justifiaient l'institution, par voie réglementaire, d'une organisation du marché qui, sans supprimer totalement la concurrence, permettrait une meilleure adaptation de l'offre à la demande.

un point de vue différent semble se faire jour lors de l'avis « Verres de lunettes » (51) qui estime que

« pour apprécier l'indidence du tarif commun sur le niveau des prix... et l'obstacle que ce tarif peut constituer à une baisse de ces prix... il convient de faire état des caractéristiques de la demande de verres de lunettes ».

389. — Les caractéristiques de chaque marché sont, dès lors, de plus en plus souvent mentionnées (52), mais c'est seulement en 1975, lors de l'affaire « Procirep » (53), que la question a été directement abordée. Les membres de l'entente soutenaient que, le marché n'étant pas concurrentiel (54), on ne pouvait les rendre responsables d'une quelconque entrave à la concurrence. L'avis examine donc le bien-fondé de cette argumentation en recherchant les particularités propres à ce marché.

Il se caractérisait par le très petit nombre des acheteurs intervenant régulièrement (sociétés de télévision et ciné-clubs), l'inélasticité totale de l'offre de films, par rapport aux prix versés par les organismes de télévision pour l'acquisition de leurs droits de représentation, et la difficulté de trouver des critères objectifs permettant de déterminer la valeur commerciale d'un film pour un organisme de télévision. En raison, toutefois, du caractère substituable des films pouvant être proposés à la télévision, l'avis a estimé qu'une certaine concurrence existait, contrairement aux allégations des adhérents, entre les détenteurs de droits de représentation de ces films vis-à-vis des organismes de télévision susceptibles d'acquérir ces droits. Par suite, même si « les obstacles au développement de la concurrence peuvent tenir aux particularités de l'offre et de la demande et du produit » (55), des entreprises ne peuvent s'entendre pour la limiter davantage. Quand bien même l'entente ne serait que la cause partielle de l'entrave à la concurrence, elle doit tomber sous le coup de la prohibition. L'avis « Procirep » concluait alors qu'il n'était pas question de soustraire le secteur à l'application des règles de concurrence :

« Quelles que soient les particularités de ce marché, les règles de concurrence lui sont applicables » (56).

---

(51) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961

(52) Cf. par exemple l'avis « Canalisations de Lyon », des 23 févr. et 17 mars 1972, qui relève dans le secteur en cause la présence d'un acheteur unique (E.D.F.) dont la demande est totalement inélastique en raison de l'urgence de certains travaux de réparation ou de la nécessité de ne pas retarder la réalisation des travaux neufs destinés à répondre à la demande des usagers.

(53) Avis « Procirep », des 21 mars et 25 avr. 1975.

(54) L'économie de marché est, en principe, régulatrice de l'offre, les offreurs étant censés avoir comme *ultima ratio* de cesser la production et la vente ; or, en l'espèce, il n'y avait pas à proprement parler de production puisqu'il s'agissait de films ayant achevé leur carrière commerciale normale ; le film avait donc le caractère d'un produit « fatal ».

(55) Rapport pour 1975, p. 997.

(56) Avis « Procirep », des 21 mars et 25 avr. 1975.

390. — Le rapport pour 1975 souligne, en le regrettant, qu'il « ne suffit pas que le droit de la concurrence soit applicable pour que la concurrence règne ».

Le fait que la concurrence soit rendue difficile par les particularités tenant au marché n'autorise cependant pas les entreprises à se concerter pour la faire disparaître totalement. Il résulte donc de ce qui précède que l'altération de la concurrence due aux particularités du marché ne constitue pas un obstacle à l'imputabilité de l'entrave à l'entente dès lors que cette dernière a mis en œuvre des pratiques illicites.



## CHAPITRE II

### DEUXIEME SITUATION : L'ENTRAVE EST IMPUTABLE A L'ENTENTE

391. — Aux termes de l'article 59 bis, la prohibition joue à l'égard de toute entente « ayant pour *objet* ou pouvant avoir pour *effet* » d'entraver la concurrence. Envisageant le problème du point de vue de l'imputabilité de l'entrave à l'entente, le rapport pour 1956 (1) insistait sur le fait que la causalité s'apprécie en fonction de deux critères alternatifs, l'intention anticoncurrentielle ou « objet », d'une part, les résultats nocifs réels ou prévisibles ou « effet » de l'entente, d'autre part. Les deux critères peuvent, bien évidemment, être combinés. De fait, de très nombreux avis sont consacrés à des ententes ayant l'entrave à la fois pour objet *et* pour effet. L'effet d'entrave est, en vérité, d'autant mieux obtenu qu'il est plus activement recherché par la multiplication des pratiques illicites, le recours à des mesures de coercition, l'ampleur de la part du marché que contrôle l'entente (2). Animés par « une hostilité de principe à l'égard des règles de concurrence » (3), les professionnels parviennent, parfois, à mettre en place, dans un mépris total de leurs engagements et des attributions des autorités publiques responsables, des dispositifs anticoncurrentiels parfaitement efficaces envers lesquels la Commission manifeste la plus grande sévérité. S'il est « rare de se trouver en face de pratiques aussi ouvertement et sciemment contraires à la loi » (4), il est fréquent, en revanche, que le souci

---

(1) Rapport pour 1956, p. 17.

(2) Rapport pour 1975, p. 998.

(3) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974

(4) Rapport pour 1974, p. 1206.

de protéger les situations acquises (5), la volonté de contrôler étroitement les conditions de production (6) ou les prix de vente (7), éventuellement par la création d'une situation de monopole permettant d'imposer les prix les plus élevés (8), la recherche de la réduction des effets de la libéralisation des échanges dans le Marché commun (9), le désir d'évincer les dissidents (10) ou de contrôler l'accès au marché des professionnels (11) aboutissent à une entrave effective (12). En présence d'une intention anticoncurrentielle suivie d'effets, l'imputabilité de l'entrave à l'entente ne soulève pas de problèmes particuliers.

392. — Nous convenons, d'ailleurs, que, dans la plupart des cas, l'entente a à la fois pour objet et pour effet l'entrave à la concurrence. Il est, cependant, intéressant d'envisager les hypothèses extrêmes : ce ne sont pas celles où l'entente a uniquement pour objet ou uniquement pour effet d'entraver le jeu concurrentiel, mais celles où, quel que soit l'effet on ne prête attention qu'à l'objet et, inversement, où, quel que soit l'objet, on ne prête attention qu'à l'effet.

Nous envisagerons donc successivement l'imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction du seul objet (section 1) et du seul effet (section 2) anticoncurrentiels.

## SECTION 1

### IMPUTABILITE DE L'ENTRAVE A L'ENTENTE EN FONCTION DU SEUL OBJET ANTICONCURRENTIEL

393. — L'article 59 bis prohibe les ententes « ayant pour objet » d'entraver le jeu de la concurrence. L'imputabilité de l'entrave à

---

(5) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.

(6) Avis « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(7) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 ; « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960 ; « Agrégats de la région parisienne », des 20 janv. et 5 juil. 1967 ; « Pétroliers », du 9 févr. 1973.

(8) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(9) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

(10) Avis « Tirages de films », du 16 janv. 1970.

(11) Avis « Publicité », du 4 janv. 1958.

(12) Voir également les avis : « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958 ; « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 ; « Sucres dénaturés », des 2 oct. et 27 nov. 1970 ; « Sacs en papier », du 19 janv. 1964 ; « Semoulerie », du 22 févr. 1964 ; « Carton ondulé », du 19 juin 1964 ; « Huiles usagées », du 28 mars 1973 ; « Gobe-leterie », du 16 avr. 1975. *Infra*, n° 509 et s.

l'entente a donc, d'abord, un fondement intentionnel (13). L'existence même de l'intention anticoncurrentielle pose des problèmes qu'il convient d'examiner (§1) avant de s'interroger sur le caractère suffisant de l'intention anticoncurrentielle pour l'imputabilité à l'entente de l'entrave (§2).

### § 1. — Existence de l'intention anticoncurrentielle

394. — L'article 59 bis érige en infraction certains comportements inspirés par l'*intention* d'entraver la concurrence. La prise en considération de l'élément intentionnel semble, en première analyse, nous éloigner de notre propos qui est d'observer l'entente indépendamment des préoccupations subjectives de ceux qui y participent, et paraît remettre en cause le projet de qualifier l'entente illicite par des éléments essentiellement objectifs. On peut, toutefois, estimer que la Commission a réduit ce risque, dans son traitement des ententes, tant au niveau de la définition de l'intention anticoncurrentielle qu'au niveau de la preuve de celle-ci.

#### A. — NOTION D'INTENTION ANTICONCURRENTIELLE

395. — Déterminer l'élément moral de l'infraction d'entente illicite est une tâche complexe. On a souligné « la difficulté de s'entendre sur le contenu de cette attitude intellectuelle qui constitue l'élément moral de la responsabilité pénale et que le Code pénal ne définit pas dans une formule générale » (14). Le problème, qui a donné lieu à tant de controverses en droit pénal général, se pose également dans le domaine particulier du droit des ententes. Il présente d'ailleurs un double aspect selon que l'on s'interroge sur le siège de l'intention délictueuse ou sur son contenu.

396. — S'agissant du siège de l'intention, la question est de savoir si la volonté infractionnelle considérée est celle de cet être collectif que constitue l'entente ou celle de ses membres. Le problème est encore obscurci par le fait que les membres d'une entente sont souvent des personnes morales et que, par conséquent, l'intention peut être prise en considération à trois niveaux différents : volonté collective du groupement qualifié d'entente, volonté collective de chaque personne morale participant à l'entente ou volonté individuelle des dirigeants de ces personnes morales. Fait rare en matière pénale (15),

---

(13) Rapport pour 1956, p. 17.

(14) R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 497.

(15) On invoque souvent en faveur de l'irresponsabilité des personnes morales le fait que très peu de textes en droit pénal les rendent responsables ; il est intéressant de relever que, parmi les quelques dispositions édictant la responsabilité pénale des personnes morales, l'on rencontre l'ordonnance du 30 juin 1945 (art.

le texte de l'article 59 bis paraît opter pour la première solution en prohibant les « actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions... ayant pour objet... d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence ». L'imputabilité doit donc s'apprécier à l'égard du groupement qualifié d'entente. Les personnes pénalement responsables sont, toutefois, les seules personnes physiques participant à l'entente, c'est-à-dire les dirigeants ou les préposés des personnes morales lorsqu'elles composent l'entente (16) ; il y a là une ambiguïté qui se traduit dans les travaux de la Commission et a été soulignée par les auteurs (17). Dans certains cas, en effet, c'est la volonté collective qui est considérée. Le rapport pour 1969 souligne ainsi la diversité des buts poursuivis par le groupement, en indiquant que certaines ententes ont pour objectif d'éviter à toute une catégorie d'entreprises de subir les conséquences de l'évolution économique et du progrès technique et ne visent qu'à perpétuer des structures menacées ; d'autres, en présence d'une situation à peu près semblable, ont pour objectif de rechercher les moyens propres à remédier à la détérioration constatée en mettant en œuvre des efforts de modernisation, de spécialisation, de réorientation ou de développement de la production (18) ; d'autres, enfin, visent à éliminer la concurrence à laquelle font appel, à l'occasion de leurs marchés, les entreprises ou collectivités publiques.

Il n'est cependant pas possible de faire totalement abstraction de la volonté des personnes physiques, notamment lorsque leurs fonctions

---

12, 49 §2) ; allant au-delà de la notion de personne morale, le texte vise parfois l'entreprise (art. 29, art. 49 et 50). En matière d'ententes, la conception classique a cependant prévalu jusqu'à nos jours puisque la loi du 19 juillet 1977 elle-même ne revient pas sur le principe et a préféré organiser, parallèlement à la répression judiciaire, une répression administrative qui frappera les entreprises en tant que telles.

(16) La notion de personnes punissables a été précisée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1972 ; elle a jugé que l'article 56 de l'ordonnance de 1945 s'applique non seulement aux dirigeants ou administrateurs d'entreprises ou personnes morales diverses mais également à tous ceux qui participent à un titre quelconque, notamment en qualité de gérant, mandataire ou employé, à l'activité de l'entreprise, établissement, société, association ou collectivité, et ont contrevenu à cette occasion aux dispositions de l'ordonnance de 1945 soit par un fait personnel, soit en exécution des ordres qu'ils avaient contrairement à ces dispositions ; une simple négligence, un défaut de surveillance peuvent toutefois suffire à établir le délit à l'encontre des responsables de l'entreprise même si les faits matériels n'ont pas directement été commis par eux (Cass. crim. 13 juin 1972, J.C.P. 1972. II. 17245).

(17) M. le Professeur BLAISE a mis en évidence « la contradiction qui marque le droit français des ententes » puisque la Commission et le ministre examinent le comportement des entreprises alors que les infractions punissables sont le fait de personnes physiques (J.-B. BLAISE, note sous T.G.I. Paris, 12ème Ch. corr. 19 juin 1969, J.C.P. 1970. II. 16474) ; les difficultés d'assurer une répression efficace et adaptée ont amené la réforme intervenue le 19 juillet 1977 (exposé des motifs du projet de loi n° 2388, p. 4).

(18) Aux termes du rapport pour 1969, cette « réaction positive » ne se produirait que dans les cas où les entreprises sont relativement peu nombreuses et où le retard ne paraît pas irrattrapable (p. 119).



les obligent à connaître les règles de concurrence. Le rapport pour 1975 déplore ainsi le fait que de nombreux avis mettent en cause des organisations syndicales ou parasyndicales (19) car

*« si une concertation contraire à l'intérêt général est répréhensible quand elle est due à des entreprises agissant spontanément, elle est encore plus critiquable lorsqu'elle n'a pu être réalisée que grâce aux initiatives d'un syndicat professionnel... dont les dirigeants... ne sont pas de ceux qui pourraient invoquer une connaissance insuffisante de la législation applicable aux prix et à la concurrence » (20).*

397. — S'agissant du contenu de l'intention délictueuse, l'on rencontre également des difficultés. La Commission pourrait en premier lieu, retenir les mobiles, variables selon les partenaires et les situations. Cela supposerait une prise en considération directe de la psychologie de chacun, tâche extrêmement difficile ; cela serait, par ailleurs, contraire aux principes généraux du droit pénal en vertu desquels les mobiles ne jouent, sauf exception, aucun rôle dans l'appréciation de l'existence de l'intention (21). La Commission ne les prend donc pas en considération au stade de la constatation de l'infraction, mais y attache une grande importance, en revanche, en ce qui concerne l'application éventuelle de l'article 59 ter ou les suites à donner (22).

L'élément intentionnel peut, en second lieu, s'analyser comme la volonté délibérée d'entraver la concurrence. De fait, il semble bien que le texte de l'article 59 bis exige un « dol spécial », puisqu'il requiert une intention particulière, celle d'entraver la concurrence (23). En présence d'une intention délibérée d'entraver la concurrence, en particulier par des « manœuvres » tendant à laisser croire aux clients publics qu'il existe une concurrence effective (24), ou par des « efforts délibérés et constants » de l'entente pour porter les prix au niveau le plus élevé (25), la Commission se montre d'ailleurs sévère et recommande le renvoi au parquet. La condition relative à l'objet n'implique cependant pas que l'intention délictueuse

(19) Rapport pour 1975, p. 997.

(20) Avis « Gobeletterie », du 16 juin 1975.

(21) R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 512 et s. ; G. STEFANI et G. LEVASSEUR, op. cit., n° 196 et s.

(22) L'exemple type des « bons » mobiles est celui des « réparateurs de matériel roulant ferroviaire » (avis du 21 nov. 1958) : cette affaire constitue un exemple des divergences de points de vue pouvant exister entre les juridictions judiciaires et la Commission car la Cour de Paris a prononcé la nullité de cette entente (Paris, 1er nov. 1959, J.C.P. 1959. II. 11488, note R. PLAISANT) ; sur les risques de dysharmonies entre les juridictions judiciaires et administratives résultant de la réforme du 19 juil. 1977, cf. V. SELINSKY, op. cit., n° 28 et s.

(23) Sur l'élément moral, cf. R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 519 ; dans un domaine assez proche, c'est également un dol spécial, résidant dans l'intention de se procurer un gain, que réprime le délit de coalition sur les cours d'un marché (art. 419 al. 2 du Code pénal).

(24) Supra, n° 202 et s.

(25) Avis « Agrégats de la région parisienne », du 5 juil. 1967.

atteigne un tel degré car, sans nécessiter les mêmes recherches que l'analyse des mobiles, cet élément psychologique suppose malgré tout une observation assez précise de la psychologie des participants et entraîne des difficultés tenant à la démonstration de cette volonté.

Il semble donc que la Commission s'oriente, notamment depuis les années 1960, vers une formule à la fois plus large pour la qualification de l'entente et, surtout, plus objective qui consiste à admettre l'existence de l'objet anticoncurrentiel dès lors que les professionnels ont dû avoir conscience d'enfreindre les règles de la concurrence. Rompant avec l'indulgence passée, le rapport pour 1963 à 1966 prévenait ainsi les entrepreneurs que

« les textes (étant) maintenant anciens, la jurisprudence est connue : l'excuse de l'ignorance ne saurait indéfiniment être absolutoire » (26).

L'intention anticoncurrentielle existe donc lorsque les professionnels transgressent la loi en toute connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant conscience des effets normalement prévisibles des pratiques qu'ils entendent mettre en œuvre. Cette conception résout nombre de problèmes dans la mesure où la connaissance des effets des pratiques peut facilement être imputée à toute personne. Elle devrait également faciliter la démonstration de l'intention par des éléments objectifs.

## B. — PREUVE DE L'INTENTION ANTICONCURRENTIELLE

398. — L'attitude de la Commission à l'égard de la preuve doit être examinée attentivement afin de savoir si l'orientation vers une sorte d'objectivation de l'élément intentionnel est infirmée ou, au contraire, confirmée. Le problème présente un grand intérêt pratique car les professionnels mis en cause contestent souvent avoir eu l'intention d'entraver la concurrence, allant même parfois jusqu'à invoquer la liberté d'opinion lorsqu'il est établi qu'ils ont appelé de leurs vœux la disparition de la concurrence ! (27) Il faut donc examiner comment se rapporte, en pratique, la preuve de la volonté infractionnelle.

399. — La preuve de l'élément intentionnel est parfois apportée directement car de nombreuses ententes reposent sur des écrits. Un contrat caractérisé par la minutie et la clarté de ses dispositions anti-

---

(26) Rapport pour 1963 à 1966, p. 5 ; le rapport pour 1972 souligne cependant la nécessité d'améliorer l'information du public et des entreprises dans une optique à la fois éducative et préventive (p. 28).

(27) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 : cette affaire a donné à la Commission l'occasion de préciser que « la prohibition des actions concertées doit évidemment se concilier avec l'exercice des libertés publiques, notamment la liberté d'opinion et le droit de grève », à condition que ces arguments soient invoqués à bon escient et non pour justifier des actes répréhensibles ou masquer une intention délictueuse caractérisée (Rapport pour 1974, p. 1207).

concurrentielles (28), les statuts d'un groupement qui porteraient atteinte aux règles de concurrence (29) peuvent donc révéler l'objet anticoncurrentiel de l'entente.

400. — Beaucoup plus souvent, toutefois, c'est par le jeu de simples indices, de présomptions, que la Commission va poursuivre la démonstration de l'élément intentionnel : indices qui consistent généralement dans des éléments objectifs tirés des pratiques et dont on induit l'intention de leur auteur. C'est, par conséquent, par la présence de ces indices, voire par la simple constatation des pratiques, que se révèle l'intention. Il faut donc étudier ces indices quant à leur contenu et quant à leur autorité.

401. — En ce qui concerne les barèmes collectifs, par exemple, la Commission se livre à un examen minutieux de leur mode d'élaboration afin de vérifier leur caractère réellement indicatif (30). Elle estime que, lorsqu'il prend en compte les demandes d'augmentation des producteurs, alignant les prix sur ceux des entreprises marginales les moins bien placées et accordant aux autres une rente,

« il comporte ainsi une forte incitation au respect des tarifs fixés par la profession » (31).

De la même façon, un organisme professionnel qui fournit à ses adhérents des prix de revient totalement forfaitaires et indépendants de la situation de chaque entreprise doit être considéré comme ayant, en réalité, conseillé des prix de vente (32). Inversement, lorsqu'un tel organisme prend soin de préciser que le mode de calcul des documents adressés aux entreprises n'est donné qu'à titre d'exemple, établi à partir de chiffres fictifs, et recommande à ses adhérents de fixer leurs propres prix selon le schéma diffusé mais en appliquant les éléments réels correspondant dans chaque entreprise au produit vendu, l'intention anticoncurrentielle n'existe pas et il ne peut tomber sous le coup des dispositions de l'article 59 bis (33).

(28) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 ; cf. également l'avis « Université de Toulouse-Mirail », du 16 déc. 1973.

(29) Hypothèse envisagée par le rapport pour 1973, p. 2604 ; v. aussi l'avis « Procirep », du 25 avr. 1975.

(30) Rappelons qu'en 1967, la Commission établissait une distinction entre les barèmes impératifs, toujours condamnables, et les barèmes indicatifs qui pouvaient être licites (Rapport, p. 321).

(31) Rapport pour 1972, p. 25 ; avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972.

(32) Avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976.

(33) Avis « Négociants en gros des boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976 ; « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975 : ce dernier avis met en lumière les difficultés de réprimer les agissements anticoncurrentiels des entreprises qui, sans tenir aucun compte du caractère purement informatif des documents adressés, se placent par une attitude tacite uniforme dans la situation d'une entente répréhensible ; le fait qu'aucune pratique illicite au regard de 59 bis ne puisse être imputée à l'auteur du document et la dilution des responsabilités rendent inefficace la réglementation des ententes et conduisent à chercher ailleurs des remèdes (la Commission envisageait en l'espèce la taxation, à utiliser en dernier ressort).

Les baisses de prix obtenues par une entreprise publique, après l'apparition sur le marché d'une entreprise concurrente de l'entente, constituent également un indice qui

« révèle que les entreprises ont... constitué une entente *en vue* d'occuper une position de force leur permettant de faire obstacle à la baisse des prix » (34).

402. — La Commission va parfois plus loin en présence de certaines pratiques considérées comme suffisamment révélatrices de l'élément intentionnel qui n'a plus à être recherché avec les difficultés et les incertitudes que cela suppose. On rencontre donc des formules qui montrent que l'intention est présumée. C'est par exemple l'affirmation selon laquelle les remises cartellisées

« ont généralement pour objet (35) / ont pour rôle bien connu » (36)

de prévenir ou de combattre la concurrence des dissidents.

L'attribution de quotas assortis de pénalités et d'indemnités

« vise à freiner le développement de toute entreprise au-delà de sa position relative » (37).

De même, à propos de la condition d'exclusivité d'approvisionnement à laquelle est subordonnée l'attribution de primes, la Commission déclare que cette pratique

« ne peut avoir pour but que d'empêcher... d'acheter des produits concurrents » (38).

Les offres non sincères adressées en réponse aux appels d'offres pour la répartition des marchés publics

« visent à donner les apparences d'une concurrence effective » (39).

403. — Il y a là une objectivation presque parfaite de l'élément intentionnel ; elle sera, d'ailleurs, d'autant plus forte que les présomptions posées auront un caractère irréfragable ou très difficilement réfragable. Or, l'on constate que si, dans certains cas, la Commission cherche confirmation de l'existence de l'intention dans le comportement des entreprises (40), l'élément intentionnel est présumé de façon quasi-irréfragable pour toutes les pratiques que la Commission déclare condamnables *en soi* : remises cartellisées, quotas

(34) Avis « Canalisations de Lyon », des 23 tévr. et 17 mars 1972.

(35) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957.

(36) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(37) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964.

(38) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(39) Rapport pour 1972, p. 25.

(40) En 1967, la Commission estimait que l'intention supposée des auteurs du barème d'imposer ou de conseiller des prix uniformes devait être confirmée par l'examen du comportement des entreprises destinataires du barème (Rapport pour 1967, p. 321). *Supra*, n° 321 et s.



rigides, barèmes impératifs, mandats exclusifs de vente, partages géographiques ou quantitatifs des marchés publics et privés, interdiction des mutations de clientèle, pratiques discriminatoires, etc.. Les entreprises qui adoptent de tels procédés peuvent, en effet, difficilement ne pas avoir eu conscience d'entraver le jeu concurrentiel.

L'attitude de la Commission au niveau de la preuve de l'intention confirme donc bien l'orientation décelée vers une objectivation de l'élément moral qui facilite la qualification de l'entente illicite et explique les condamnations quasi-automatiques prononcées à l'encontre des pratiques dites condamnables « en elles-mêmes », ou *en soi*.

## § 2. — Suffisance de l'intention anticoncurrentielle au regard de l'imputabilité à l'entente de l'entrave

404. — Le problème se pose de savoir si la démonstration de l'intention anticoncurrentielle suffira à établir l'imputabilité de l'entrave à l'entente et permettra la qualification d'entente illicite, en fonction du « montage » considéré, sans qu'attention ne soit portée à ses effets. La réponse doit être recherchée tant dans la loi que dans son application par la Commission.

Aux termes de l'article 59 bis, l'intention anticoncurrentielle doit suffire à faire tomber l'entente sous le coup de la prohibition. C'est effectivement la position de la Commission : dès lors que l'objet anticoncurrentiel est établi, la qualification d'entente illicite est retenue sans qu'il y ait à considérer la plus ou moins grande efficacité des pratiques. Elle est même allée plus loin en 1969 en décidant (41) que, même si l'absence d'effets était établie, l'existence de l'objet devait suffire à faire condamner l'entente. Le rapport déclarait ainsi :

« La Commission condamne un système de protection, même lorsqu'il est avéré que ce système n'a été d'aucune efficacité pour ceux qui l'ont monté » (42).

Cette jurisprudence est confirmée et systématisée dans le rapport pour 1975 qui réaffirme que

« pour qu'une entente tombe sous le coup de l'article 59 bis, il n'est pas nécessaire qu'elle ait eu pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence, il suffit... simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à un tel résultat » (43).

405. — L'intention anticoncurrentielle constitue dès lors un élément suffisant de l'incrimination, non seulement sans qu'il soit

(41) Avis « Usiniers du nettoyage à sec », du 21 févr. 1969.

(42) Rapport pour 1969, p. 119.

(43) Rapport pour 1975, p. 997 et s.

nécessaire d'examiner les effets mais même dans les quelques hypothèses extrêmes où l'absence de tout effet est constatée. Dans ce cas, cependant, l'on pourrait objecter que la condition relative à l'existence d'une entrave n'est pas remplie et que, la volonté infractionnelle des auteurs n'ayant causé aucun préjudice, il peut paraître arbitraire de parler de causalité. Nous sommes cependant, semble-t-il, en présence d'une infraction formelle constituée dans tous ses éléments même si le résultat voulu par l'agent n'a pas été obtenu. L'absence d'effets ne constitue donc pas un obstacle à l'incrimination, et les membres d'une entente ne sont pas fondés à se prévaloir du fait qu'ils n'ont pu atteindre les objectifs illicites qu'ils s'étaient assignés (44).

L'insuccès total ou relatif de l'entente, résultant de circonstances extérieures, ne doit pas permettre de faire échapper à la réglementation des ententes présentant un danger réel pour la concurrence. Il a ainsi été jugé qu'un système de quotas laissant subsister une certaine concurrence entre les membres de l'entente ne perd pas son caractère répréhensible si cet élément de souplesse résulte non de la volonté des membres mais d'une erreur d'appréciation (45).

406. — L'existence du seul objet anticoncurrentiel suffit donc à faire tomber l'entente sous le coup de la prohibition et emporte la qualification d'entente illicite en l'absence de tout effet. On peut alors se demander si l'inefficacité des pratiques ne devrait pas être prise en compte au stade de la répression. De fait, en 1972, la Commission paraissait disposée à l'indulgence en l'absence totale d'effets négatifs. Le rapport affirmait ainsi :

«Lorsqu'une entente s'est donnée un objet entrant dans le champ d'application de l'article 59 bis mais n'a pu l'atteindre pour des motifs tenant aux circonstances économiques, cette absence de nocivité réelle est un élément d'appréciation important » (46).

En 1973, toutefois, l'affaire de « l'Université de Toulouse-Mirail » (47) a conduit à quelques nuances dans la mesure où l'inefficacité de l'entente résultait « non d'un remords de l'auteur mais d'une réaction de la victime » : sans la vigilance de l'administration, le préjudice qu'auraient entraîné les pratiques se serait traduit par un supplément de prix de 40 %.

En conclusion, il apparaît donc que, du point de vue de l'imputabilité de l'entrave à l'entente, l'élément intentionnel constitue

---

(44) Avis « Procirep », des 21 mars et 25 avr. 1975.

(45) Avis « Ficelles », du 23 mai 1975.

(46) Rapport pour 1972, p. 27 ; ces observations se rapportent à l'affaire « Industrie du plâtre » (avis du 6 déc. 1972) : il s'agissait d'ententes sur les prix entre entreprises ayant fusionné par la suite et qui n'avaient eu aucun effet néfaste sur les prix, pas plus qu'elles n'avaient empêché l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises ou entravé le progrès économique ; le rapport estimait que les ententes n'avaient « pas eu d'effets fâcheux du tout ».

(47) Avis « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973.

un élément suffisant. Quant à l'absence d'effets, il importe d'en déterminer la cause car les agissements graves, bien qu'inefficaces, justifient des poursuites alors que l'affaire pourra ne pas être renvoyée au parquet en présence d'agissements mineurs (48).

## SECTION 2

### IMPUTABILITE DE L'ENTRAVE A L'ENTENTE EN FONCTION DU SEUL EFFET ANTICONCURRENTIEL

407. — Aux termes de l'article 59 bis, la prohibition vise les ententes « pouvant avoir pour effet » d'entraver le jeu normal de la concurrence. Le texte n'envisage, de façon expresse, que l'effet éventuel mais l'on peut estimer qu'il s'applique *a fortiori* aux ententes ayant un effet réellement néfaste sur la concurrence. La rédaction du texte conduit à s'interroger sur la nature de l'infraction, considérée du seul point de vue des effets sur la concurrence. On peut se demander, en particulier, si le législateur a entendu en faire une infraction dite « matérielle ». L'intérêt, dans ce cas, est qu'il suffit de constater matériellement le fait pour que son auteur soit répréhensible sans que la partie poursuivante ait à démontrer que l'infraction est imputable à la volonté délibérée, voire à la simple négligence de l'agent. Cette dispense de preuve ne signifie nullement que l'élément moral est inexistant mais qu'il n'a pas à être recherché ou que, fut-il démontré, il n'est pas considéré (49). L'article 59 bis pourrait s'analyser en un « délit contraventionnel » (50). C'est à cette notion que semble se référer le rapport pour 1956 qui déclare, maladroitement, que d'après l'article 59 bis « cette imputabilité peut avoir un fondement... contraventionnel » (51).

408. — La réponse à ce problème doit être recherchée dans la volonté du législateur. Les incriminations de ce type sont, en effet, toujours établies en vue d'assurer l'observation d'une discipline collective, dans une perspective de police administrative (52). On pourrait donc penser que le texte a été inspiré par le souci d'assurer la police économique de la façon la plus efficace : cela implique que

---

(48) Rapport pour 1973, p. 2606.

(49) G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, op. cit., n° 205 et s.

(50) R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. I, op. cit., n° 516 et s.

(51) Rapport pour 1956, p. 17.

(52) A. LEGAL, in *Mélanges PATIN*, La responsabilité sans faute, p. 144 et s.

l'on ne s'attarde pas à la recherche de l'intention, beaucoup plus difficile à démontrer que les effets (53).

L'infraction d'entente illicite soulève une difficulté supplémentaire. La qualification d'infraction matérielle pourrait convenir lorsqu'un effet réel d'entrave est constaté puisque c'est précisément la constatation matérielle des faits qui emporte cette qualification. Lorsque l'effet n'est qu'éventuel, le problème est plus délicat dans la mesure où l'on constate un simple risque pour la concurrence. Or, si ce risque est décelable par la Commission, c'est peut-être qu'il aurait pu l'être par les membres de l'entente eux-mêmes. On peut, d'ailleurs, se demander si la seule constitution d'une entente par des entrepreneurs n'implique pas qu'ils ont ou devraient avoir conscience des risques que cela suppose pour la concurrence. Persister à mettre en œuvre des pratiques en ayant conscience de ces risques constituerait alors un « dol éventuel » (54). La question n'est pas simple. Pour y répondre, il est nécessaire de distinguer l'hypothèse où l'activité de l'entente a eu des effets réels sur la concurrence et celle où elle n'engendre qu'une menace pour le jeu concurrentiel ; nous examinerons donc successivement l'imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction de l'effet réel (sous-section 1) et éventuel (sous-section 2).

### SOUS-SECTION 1

#### IMPUTABILITE DE L'ENTRAVE A L'ENTENTE EN FONCTION DU SEUL EFFET REEL

409. — Le texte de l'article 59 bis sous-entend que le seul effet réel d'entrave à la concurrence, résultant de l'activité de l'entente, doit suffire à la faire tomber sous le coup de la prohibition. Dans la mesure où l'on admet que cette disposition s'analyse en une infraction dite « matérielle », il suffit que le fait soit matériellement constaté pour que la responsabilité pénale soit *ipso facto* établie. Deux problèmes se posent alors tenant à la constatation matérielle des faits, d'une part (§ 1), et au caractère suffisant de cette constatation pour l'imputabilité de l'entrave à l'entente, d'autre part (§ 2).

---

(53) Rapport pour 1975, p. 998 ; R. MERLE et A. VITU (op. cit., n° 517) font observer que ces infractions constituent l'exception et que l'extension du « délit-contraventionnel » n'est pas toujours justifiée, en particulier en droit pénal des affaires.

(54) G. STEFANI et G. LEVASSEUR, op. cit., n° 202.



## § 1. — Existence de l'effet réel d'entrave

410. — Nombreuses sont les ententes qui ont une efficacité réelle et entravent effectivement la concurrence. L'article 59 bis évoque la nature de l'entrave apportée au jeu concurrentiel mais la Commission se montre surtout sensible à l'ampleur de l'entrave constatée.

### A. — NATURE DE L'ENTRAVE CONSTATEE

411. — En vertu des termes mêmes de l'article 59 bis, l'entrave est constituée lorsque la concurrence est « *empêchée, restreinte ou faussée* ». On s'attendrait à trouver dans les avis des précisions quant aux moyens par lesquels l'entente peut aboutir à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence. Or, bien que la Commission utilise souvent ces termes, une recherche systématique en ce sens ne donne pas de résultats probants. La raison tient vraisemblablement au fait que la même entente, voire la même pratique, peut cumuler plusieurs effets néfastes. En présence d'une répartition concertée des marchés publics, la Commission estime ainsi la concurrence « *restreinte* » (55) alors que le rapport pour 1972 déclare que ce type de concertation « *fausse ou supprime* » la concurrence (56). Il semble donc qu'elle utilise indifféremment ces termes selon les cas d'espèce et n'accorde pas une importance particulière à la nature de l'entrave constatée.

### B. — AMPLEUR DE L'ENTRAVE CONSTATEE

412. — La Commission s'attache particulièrement à relever, dans chaque hypothèse, l'ampleur de l'entrave constatée. Le rapport pour 1975 indique ainsi que l'efficacité de l'entente est appréciée en fonction de plusieurs éléments : part du marché contrôlée, nombre et durée des pratiques, mesures de coercition mises en place pour faire respecter les engagements pris.

#### 1°) L'ENTRAVE EST FONCTION DE LA PART DU MARCHÉ CONTRÔLÉE

413. — L'influence de l'entente sur le jeu de la concurrence est fonction de la part de marché qu'elle contrôle. En règle générale, une entente réunissant la quasi-totalité des industriels ou des commerçants de la branche en cause, ou regroupant les entreprises les plus puissantes de la profession, a beaucoup d'efficacité. De nombreux

---

(55) Avis « Réseaux électriques du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973.

(56) Rapport pour 1972, p. 25.

avis retiennent donc cet élément (57), mais la question n'a été abordée de façon expresse que par le rapport pour l'année 1974, qui se réfère à

« l'idée sous-jacente à l'ensemble de la jurisprudence (de la Commission), selon laquelle une entente est d'autant plus efficace, donc nocive, qu'elle couvre une très large part du marché » (58).

414. — Plusieurs affaires ont, toutefois, mis en évidence le fait que, s'il n'est pas nécessaire, pour qu'une entente puisse avoir un effet réel sur la concurrence, qu'elle contrôle une part très importante du marché (59), il est en revanche indispensable qu'elle en détienne ou contrôle une part suffisante (60). Bien que la notion de « part suffisante » ne soit pas précisée, quelques avis apportent des indications précieuses en montrant que des circonstances particulières permettent soit d'accroître l'efficacité, soit de limiter considérablement les effets d'une entente contrôlant une part relativement faible du marché.

415. — Parmi les éléments qui contribuent à renforcer l'efficacité anticoncurrentielle on peut citer, tout d'abord, le caractère pondéreux du produit en raison duquel une entente, dont les adhérents ne réunissent que 25 % de la production d'une région, peut détenir un quasi-monopole dans un secteur de la région (61). De même, l'échange d'informations (62) entre deux ententes régionales contrôlant respectivement 13 % et 8 % du marché national, peut renforcer l'efficacité des deux dispositifs et entraîner une influence non négligeable sur le niveau des prix (63).

(57) La Commission relève dans certains avis le nombre de fabricants que comprend l'entente (tous ou presque tous dans les affaires « Outils agricoles », du 22 juin 1957 ; « Bandes transporteuses », du 7 juil. 1958 ; « Superphosphate », du 21 mai 1960) ; au contraire, elle retient que l'entente n'a pu avoir qu'un effet limité dans l'affaire « Emballages en bois », du 22 janv. 1966 du fait du petit nombre de producteurs regroupés : le plus souvent, les avis font référence à la part de l'entente dans la production (de 65 à 95 %, voire la totalité) ; l'existence, au sein d'une entente, d'une position dominante est également mentionnée (« Munitions de chasse », du 18 janv. 1964 ; « Verre creux », du 26 avr. 1968 ; « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969) ; inversement, la Commission précise quelquefois la faible importance, ou l'importance relative, dans la production de certaines ententes (« Tissus imperméables marque Tergal », du 19 oct. 1963).

(58) Rapport pour 1974, p. 1207.

(59) Rapport pour 1974, loc. cit.

(60) Rapport pour 1975, p. 998.

(61) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 : le rapport pour 1974 précise que la solution adoptée résultait de l'existence d'un sous-ensemble du marché envisagé, celui-ci étant relativement compartimenté (p. 1207).

(62) Il convient de rappeler que l'échange d'informations est considéré, au même titre que la pratique des prix *franco*, comme une pratique « neutre » en soi mais jouant le rôle d'un « multiplicateur » de l'entrave si la situation n'est pas parfaitement concurrentielle (supra, n° 330 et s.).

(63) Avis « Filature de coton », du 16 mai 1975 (autre élément de fait renforçant en l'espèce l'efficacité des ententes : l'une d'elles avait groupé, à l'origine, un nombre double d'adhérents, cf. l'avis du 22 mars 1968).

416. — A l'inverse, l'implantation dans des régions très différentes de plusieurs entreprises couvrant 25 % du marché national peut oter pratiquement tout effet notable à leur concertation. Dans cette hypothèse, aucune entrave n'étant constatée, l'entente ne peut tomber sous le coup de l'article 59 bis. Le cas est illustré par l'avis « Laboratoires photographiques » qui estime que

« dans ces conditions, l'identité de leurs prix publics, de même que la circonstance que les montants globaux des remises et ristournes pratiquées par elles sont très voisins, ne démontrent pas qu'... elles se soient livrées à une concertation ayant des effets anticoncurrentiels notables ou aggravant les effets des pratiques... de la chambre syndicale et de l'ensemble des laboratoires ; que cette concertation ne tombe dès lors pas par elle-même sous le coup de l'article 59 bis » (64).

## 2°) L'ENTRAVE EST FONCTION DE LA NATURE, DU NOMBRE ET DE LA DURÉE DES PRATIQUES

417. — Le rapport pour 1974 souligne le fait que certaines ententes mettent en place des mécanismes de concertation comportant un ensemble complexe d'effets négatifs sur la concurrence (65). L'efficacité de l'entente est fonction de la nature, du nombre et de la durée des pratiques suivies par ses membres.

418. — S'agissant de la nature des pratiques, le rapport pour 1975 remarque que certaines faussent incontestablement le jeu de la concurrence comme les barèmes de prix minimum de vente imposés ou le plafonnement des remises (66). On peut extrapoler cette observation à la plupart des pratiques qui portent la marque du dirigisme professionnel, c'est-à-dire à la plupart des pratiques que la Commission déclare condamnables « en elles-mêmes ».

419. — Le nombre des pratiques mises en place contribue également à renforcer l'efficacité de l'entente. Les exemples sont innombrables. La Commission le rappelle dans l'avis relatif à la situation de la concurrence dans l'industrie de la fabrication des ficelles, en déclarant que

« la combinaison des barèmes de prix avec les accords de quotas était de nature à figer la clientèle de chaque entreprise et à donner aux pratiques d'entente une efficacité particulière » (67).

420. — La durée des pratiques est aussi un élément d'appréciation important de la nocivité de l'entente. Par une « concertation perma-

---

(64) Avis « Laboratoires photographiques », du 28 févr. 1975 (partie consacrée aux pratiques suivies par les membres de la société en nom collectif « Les laboratoires associés »).

(65) Rapport pour 1974, p. 1207 ; infra, n° 510 à 512.

(66) Rapport pour 1975, p. 998.

(67) Avis « Ficelles », du 23 mai 1975.

nente » (68), les entrepreneurs parviennent à entraver très efficacement le jeu de la concurrence (69). Il convient de relever, à propos de la durée des pratiques, la référence à la notion de « délit continu » dans l'avis « Réseaux électriques du Sud-Ouest » :

« La répétition de ces pratiques (...) constitue, en l'espèce, un *délit continu* au regard des dispositions de l'article 59 bis » (70).

Il semble que la Commission ait considéré les intérêts d'ordre procédural qui s'attachent à cette qualification (71).

### 3°) L'ENTRAVE EST FONCTION DES MECANISMES DE CONTRAINTE MIS EN PLACE

421. — Aussi nocives que puissent être certaines pratiques, elles n'ont d'efficacité que si elles sont appliquées. Cette application effective est facilitée par la mise en place de mesures de contrainte dont le rapport pour 1975 souligne la diversité (72). Les plus classiques sont incontestablement les pénalités qui sanctionnent le non respect des engagements pris ; qu'ils soient nommés amendes (73) ou se dissimulent sous l'apparence d'une cotisation (74), ces procédés sont toujours condamnables. Le recours à des organismes de contrôle, fréquent (75), contribue également à la nocivité de l'entente. Ces organismes peuvent d'ailleurs tomber sous le coup de l'article 59 bis en qualité de co-auteurs dans la mesure où ils apportent un concours actif à la constitution ou à la gestion d'une entente illicite (76). Toutes les contraintes et les menaces, sous quelque forme que ce soit (77), qui confèrent à l'entente une efficacité réelle subissent le même sort.

(68) Avis « Agrégats de la région parisienne », du 20 janv. et 5 juil. 1967.

(69) Cette circonstance pourra priver l'entente du bénéfice des dispositions de l'article 59 ter-2°.

(70) Avis « Réseaux électriques du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973.

(71) Les ententes invoquent de plus en plus souvent la prescription triennale pour échapper aux poursuites ; le rapport pour 1975 estime d'ailleurs que si la prescription empêche le renvoi au parquet, elle ne constitue pas un obstacle à l'examen de l'affaire par la Commission (p. 999) ; l'article 58 nouveau de l'ordonnance (loi du 19 juil. 1977) a résolu certaines difficultés, en reconnaissant expressément la valeur d'actes interruptifs de la prescription aux procès-verbaux des agents de l'Administration et à la saisine de la Commission de la concurrence.

(72) Rapport pour 1975, p. 998 ; *infra*, n° 512.

(73) Avis « Procirep », du 25 avr. 1975.

(74) Avis « Ficelles », du 23 mai 1975.

(75) Avis « Champignons de couche », du 18 oct. 1968 (une société d'expertise comptable était chargée de contrôler la comptabilité des adhérents ; il était, en outre, prévu un système de sanctions) ; avis « Sacs en papier à grande contenance », du 19 janv. 1968.

(76) C'est le cas d'un cabinet juridique aidant une entente illicite à se constituer et à fonctionner (avis « Ficelles », du 23 mai 1975 ; *supra*, n° 29).

(77) L'exercice d'actions en justice n'est pas, en soi, contraire à l'article 59 bis mais le devient s'il tend à faire respecter des engagements entravant la concurrence (avis « Procirep », du 25 avr. 1975).



Le fait qu'aucun mécanisme de contrainte n'ait été mis en place ne signifie pas, en revanche, que l'entente n'a pas eu d'effet réel sur la concurrence ; ses membres ne sauraient se prévaloir du fait qu'aucune sanction n'était prévue, dès l'instant qu'elle était conclue entre un petit nombre d'entreprises importantes qui n'en avaient nul besoin pour assurer le respect de leur engagement mutuel (78).

## § 2. — Suffisance de l'effet réel d'entrave au regard de l'imputabilité à l'entente de l'entrave

422. — Le problème se pose de savoir si la constatation d'un effet réel d'entrave à la concurrence suffit à emporter la qualification d'entente illicite au regard de l'article 59 bis, sans qu'il soit nécessaire de prêter attention à l'objet. Si l'on se réfère au texte, il semble que l'on doive répondre par l'affirmative. La Commission l'admet aussi, d'une part parce que les effets d'une entente sont souvent plus faciles à établir que son objet et, d'autre part, parce que c'est parfois le seul élément d'appréciation dont elle dispose, en présence d'entente tacite par exemple (79).

423. — Si tel est le principe, il semble, toutefois, que dans certains cas, la Commission ne se contente pas de constater l'effet sur la concurrence et n'applique l'article 59 bis qu'en fonction de l'intention des auteurs des pratiques.

Les barèmes communs de prix, par exemple, ont un effet nocif sur les prix et sont, donc, condamnables de ce seul point de vue au regard de l'article 59 bis. Or, en 1967, la Commission a adopté un point de vue différent en prenant en considération l'intention des auteurs du barème (80). Bénéficiaires de ce raisonnement, les fabricants d'échelles en bois ne sont pas tombés sous le coup de la prohibition en dépit des effets réellement néfastes de cette pratique sur le niveau des prix (81). Depuis 1972, toutefois, une évolution en sens inverse se manifeste dans la mesure où la Commission s'est aperçue que des barèmes purement indicatifs pouvaient avoir sur la concurrence des effets aussi nocifs que les barèmes impératifs (82).

(78) Rapport pour 1973, p. 2605 ; avis « Tubes en P.V.C. », du 17 oct. 1973.

(79) Rapport pour 1975, p. 998 ; la qualification d'entente illicite au regard du seul effet réel se rencontre par ailleurs dans un certain nombre d'avis (par exemple, « Semoulerie », du 30 sept. 1966).

(80) Rapport pour 1967, p. 321.

(81) Avis « Fabricants d'échelles en bois », du 19 mai 1967 : l'avis mentionne « le nivellement des prix à la consommation à un niveau élevé » consécutif à l'utilisation du barème.

(82) Rapport pour 1972, p. 25 ; à cette date, elle avait condamné un barème *prétendument* indicatif utilisé par les pépiniéristes : elle se référait donc à l'intention des auteurs (avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972 ; cf. également l'avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976 où le barème, indicatif en apparence, est condamné).

Toute référence expresse à l'intention des auteurs du barème commun disparaît même dans l'avis « Négociants des boissons sans alcool » (83). Il est cependant permis de se demander si l'on doit considérer que la distinction entre les barèmes licites et illicites en fonction de leur objet est totalement abandonnée et si la Commission ne vise pas encore implicitement l'objet lorsqu'elle déclare que des tarifs syndicaux indiquant des prix uniformes pour toutes les entreprises ont un effet « nécessairement dissuasif » (84).

424. — L'insuffisance du seul effet réel d'entrave apparaît encore plus nettement lorsque l'on examine la position de la Commission à propos de pratiques telles que le refus collectif de contracter opposé à une entreprise extérieure à l'entente, ou les « labels » de qualité décernés aux seuls produits remplissant certaines conditions. Ces procédés causent un préjudice à l'entreprise qui se voit opposer le refus où à celles dont les produits ne bénéficient pas du label. On pourrait donc estimer que cette seule constatation tombe sous le coup de la qualification d'entrave applicable aux pratiques ayant pour effet de limiter l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises. Tel n'est pas le point de vue de la Commission : elle exige, au contraire, que le préjudice résulte d'une faute pour condamner l'entente. Le refus collectif de contracter ne constitue donc pas, en lui-même, une pratique prohibée ; il n'est condamnable que dans la mesure où il a

« pour objet d'éliminer (les entreprises)... du marché et revêt ainsi le caractère d'un boycottage » (85).

Cette position se conçoit parfaitement car un tel refus peut être légitime s'il est justifié par l'intérêt technique, commercial ou financier de celui qui l'oppose : dans ce cas, l'action de l'entente n'est pas, à proprement parler, la cause du préjudice que subit l'entreprise tierce. La perte de clientèle constitue l'un des aléas de l'activité commerciale ; le droit n'a pas, en principe, à intervenir. Il en va différemment lorsque le préjudice infligé à une entreprise résulte de procédés commerciaux déloyaux. Les divers moyens par lesquels un entrepreneur cherche à attirer la clientèle d'un autre sont sanctionnés par l'action en concurrence déloyale, fondée sur les règles de la responsabilité civile (86). Le droit à réparation est donc subordonné à la réunion des conditions habituelles : faute, préjudice et lien de causalité entre ces deux éléments. Le raisonnement de la

(83) Avis « Négociants en gros des boissons sans alcool et de la bière », du 24 sept. 1976.

(84) La Commission de la concurrence a un point de vue totalement différent à ce sujet (supra, n° 327).

(85) Rapport pour 1970 et 1971, p. 419 ; avis « Groupement lainier mazamétain », du 18 déc. 1970.

(86) Cf. les obs. de R. LE MOAL, thèse précitée, p. 144 et s.

Commission, s'agissant du refus collectif de contracter avec une entreprise extérieure à l'entente, semble se rapprocher, *mutatis mutandis* (87), de la jurisprudence classique en matière de concurrence déloyale. Seul un refus fautif peut faire tomber l'entente sous le coup de la prohibition. Dans ce cas, il y a bien un lien de cause à effet entre la faute, consistant dans la volonté d'éliminer *injustement* une entreprise du marché, et le préjudice, s'analysant en une privation *injuste* de clientèle pour l'entreprise victime des pratiques.

La même idée sous-tend la jurisprudence relative aux labels de qualité (88). La Commission admet que ces pratiques sont même bénéfiques en elles-mêmes mais les juge *susceptibles de déviation anti-concurrentielle* (89), car elles peuvent être mises en œuvre dans le seul but d'écarter du marché certains compétiteurs. Là encore, c'est essentiellement l'analyse des intentions qui permet de distinguer les pratiques licites des pratiques prohibées. La position de la Commission en ce domaine est toutefois moins nette qu'en ce qui concerne les refus de contracter, dans la mesure où elle se réfère à la fois à l'intention des auteurs et à l'effet éventuel sur le jeu concurrentiel. L'avis « Cuves et citernes à hydrocarbures » (90) déclare ainsi :

« Un agrément syndical de ce type tombe sous le coup... de l'article 59 bis s'il a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en écartant du marché des produits n'appelant pas de sérieuses réserves du point de vue de l'intérêt du consommateur ou de l'intérêt général ».

Le seul fait que toutes les entreprises ne puissent obtenir le label ne constitue donc pas, en tout état de cause, un élément suffisant pour condamner l'entente. Le caractère illicite d'une telle concertation sera établi en premier lieu s'il apparaît que la mise en œuvre de cette pratique procède d'une intention d'éliminer injustement certains producteurs du marché. En l'absence d'intention, ou s'il n'était pas possible d'en faire la démonstration, cette pratique peut, en second lieu, être critiquable s'il apparaît que le coût de l'agrément ne correspond pas exactement aux charges supportées par l'organisme qui le délivre et entraîne des difficultés particulières pour les petites entreprises désireuses de l'obtenir (91).

---

(87) Il ne s'agit pas ici, en effet, d'un détournement de clientèle exercé par une entreprise au préjudice d'une autre mais d'un retrait volontaire du client.

(88) Dans une moindre mesure, le même raisonnement peut s'appliquer à la pratique des cartes professionnelles ; les dangers que fait courir cette pratique sont tels que l'on ne peut se contenter de la preuve de l'absence d'intention anti-concurrentielle ; la Commission exige donc non seulement qu'une réglementation professionnelle soit inspirée par le souci de donner des garanties de compétence et de moralité aux consommateurs, mais également qu'elle soit contrôlée par les pouvoirs publics (avis « Publicité », du 4 janv. 1958 ; supra, n° 229 et s.).

(89) Rapport pour 1973, p. 2605.

(90) Avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

(91) *Infra*, n° 426 et s.

425. — La synthèse des observations que nous avons faites au cours de cette étude nous conduit à une double constatation. La Commission attache, d'une part, une grande importance aux conséquences pratiques de l'entente. Le rapport pour 1975 déclare ainsi :

« La Commission recherche toujours si les pratiques qui lui ont été déferées ont eu un effet sur la concurrence et quelle a été l'importance de cet effet » (92).

Elle n'admet pas toujours, d'autre part, que la constatation d'un effet réel sur le jeu de la concurrence suffit à faire tomber une entente sous le coup de la prohibition. Lorsque des difficultés de qualification surgissent, la recherche de l'intention s'avère indispensable ; il en est ainsi lorsque les pratiques mises en œuvre ne sont pas, par elles-mêmes, suffisamment significatives ou lorsqu'elles présentent des avantages ; celles qui sont inspirées par une intention anticoncurrentielle tombent seules sous le coup de la prohibition. Dans la majorité des cas, cependant, la Commission évite, lorsque cela n'est pas nécessaire, de procéder à la difficile recherche des intentions et l'effectivité de l'entrave suffit à emporter la qualification d'entente illicite.

## SOUS-SECTION 2

### IMPUTABILITE DE L'ENTRAVE A L'ENTENTE EN FONCTION DU SEUL EFFET EVENTUEL

426. — L'article 59 bis prohibe les ententes *pouvant avoir pour effet* d'entraver le jeu normal de la concurrence. La qualification d'entente peut donc être encourue en raison d'un préjudice futur mais non certain. On sait qu'en droit pénal le principe est que l'existence d'un dommage n'est nécessaire ni à l'incrimination ni à la répression des infractions dites « purement matérielles ». La faute contraventionnelle, résultant de la seule violation des prescriptions légales ou réglementaires, est punissable par elle-même, indépendamment de tout résultat dommageable (93). Cet argument semblerait donc militer en faveur de la qualification de « délit contraventionnel » de l'infraction d'entente illicite. La prise en considération d'une simple menace d'entrave à la concurrence par le texte soulève, toutefois, un certain nombre de problèmes. Il importe, en premier

---

(92) Rapport pour 1975, p. 998.

(93) G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *op. cit.*, n° 209.



lieu, de rechercher ce que recouvre la notion d'effet « éventuel » d'entrave à la concurrence et les éléments en fonction desquels la Commission apprécie l'existence d'une telle menace (§ 1). Dans la mesure où, en second lieu, le rapport causal est nécessairement très lâche entre l'activité actuelle de l'entente et le préjudice futur ou incertain qui pourrait en résulter dans l'avenir, il est intéressant d'examiner si la Commission estime cette menace suffisante pour emporter la qualification d'entente illicite au regard de l'article 59 bis (§ 2).

## § 1. — Existence de l'effet éventuel d'entrave à la concurrence

427. — La recherche des éléments sur lesquels se fonde la Commission pour admettre l'existence d'une menace d'entrave à la concurrence est relativement malaisée dans la mesure où la spécificité de l'effet éventuel par rapport à l'effet réel n'a jamais été l'objet d'une étude systématique (94). L'examen des avis et des rapports montre cependant que l'existence d'une menace d'entrave à la concurrence est fonction de la nature des pratiques mises en œuvre, d'une part, et de la taille de l'entente, d'autre part.

### A. — LA MENACE D'ENTRAVE EST FONCTION DE LA NATURE DES PRATIQUES

428. — Les pratiques que la Commission déclare condamnables « en elles-mêmes » (95) sont, par nature, illicites. Elles doivent, donc, être considérées comme constituant une entrave et non une menace d'entrave à la concurrence. A l'opposé, il existe des pratiques qui, par nature, sont « neutres » ou même bénéfiques, mais qui peuvent constituer une menace dans certaines circonstances.

429. — Les pratiques « neutres », ni répréhensibles ni bénéfiques par elles-mêmes, comportent une menace pour la concurrence lorsqu'elles sont suivies alors que la situation n'est pas pleinement concurrentielle. Il en est ainsi pour la pratique des prix *franco* ; la Commission estime, en effet, qu'elle

*« peut, selon les cas, avoir pour effet soit de protéger les ententes et les positions dominantes à l'échelle nationale contre les dissidents locaux, soit, au contraire, d'élargir le cadre géographique dans lequel la concurrence s'exerce... » (96).*

(94) La question est simplement abordée dans le rapport pour 1973, p. 2604 ; cf. *infra*, n° 434 et s.

(95) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(96) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976.

430. — Des pratiques utiles, voire bénéfiques, sont également susceptibles d'avoir un effet néfaste sur la concurrence. La diffusion de statistiques, par exemple, certainement utiles pour les adhérents d'une organisation professionnelle, et, d'ailleurs, souvent demandées par les pouvoirs publics, présente des avantages que la Commission ne conteste pas. Elles peuvent, cependant, lorsqu'elles portent sur les positions respectives des fabricants ainsi que sur leurs prévisions de ventes « faciliter une répartition expresse ou tacite des marchés » (97).

Des statistiques portant sur le tonnage acheté par chaque client à l'ensemble de la profession constituent une pratique qui

« permet aux vendeurs de pratiquer, sans concertation apparente, des remises semblables calculées en fonction des achats à l'ensemble de la profession ; elle est ainsi *de nature à restreindre la concurrence* qui devrait normalement s'exercer par le jeu de remises différenciées » (98).

Quant aux contrôles qualitatifs exercés sur les produits diffusés sur un marché, ils constituent une pratique bénéfique, en principe, mais « susceptible de déviation anticoncurrentielle » (99) lorsqu'ils donnent lieu à l'octroi de vignettes (100) ou de labels. Ce type d'agrément

« peut avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en écartant du marché des produits n'appelant pas de réserves sérieuses du point de vue de l'intérêt du consommateur ou de l'intérêt général » (101).

## B. — LA MENACE D'ENTRAVE EST FONCTION DE LA PUISSANCE DE L'ENTENTE SUR LE MARCHÉ

431. — La puissance de l'entente sur le marché constitue, semble-t-il, un élément d'appréciation extrêmement important de la menace d'entrave à la concurrence. Il convient de distinguer, à cet égard, deux périodes car une évolution se fait jour à travers les avis de la Commission depuis 1967, date à laquelle l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre, inspirée par sa jurisprudence, est venue élargir les conditions d'application de l'article 59 bis.

432. — Durant la période comprise entre 1953 et 1967, il ne semble pas qu'attention ait été portée, tant par la Commission que par les auteurs, au problème particulier de l'effet éventuel d'entrave à la concurrence pouvant résulter des ententes contrôlant une part importante du marché. Le problème de l'effet éventuel n'est, ainsi,

---

(97) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976.

(98) Ibidem.

(99) Rapport pour 1973, p. 2605.

(100) Cf. les avis relatifs aux ententes « Tergal », du 19 oct. 1963.

(101) Avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

pas directement abordé par M. le professeur Blaise dans sa thèse et ses travaux ne font pas apparaître l'originalité de cet élément de l'infraction par rapport à l'effet réel. On a pourtant le sentiment, à le lire, que sa conception très extensive de l'effet réel d'entrave à la concurrence recouvre aussi bien les hypothèses où l'entrave est effective que celles où elle est simplement éventuelle.

Recherchant le critère de l'entrave illicite, M. le professeur Blaise (102) retient celui du contrôle du marché à la suite de la Commission qui affirmait en 1956 que

« la caractéristique, le signe essentiel de l'entente est le contrôle exercé sur les conditions de production et de distribution » (103).

Il s'interroge, alors, sur le sens du terme « contrôle ». Deux conceptions, en effet, s'opposent : ou bien on décide que l'entrave est réalisée lorsque l'entente a un contrôle effectif du marché, parce qu'elle détient une puissance quasi-absolue en regroupant la presque totalité des entreprises de la branche ou les entreprises les plus puissantes, ou bien l'on admet que l'entrave existe dès lors que l'entente exerce ce que M. le professeur Blaise appelle un contrôle « relatif », c'est-à-dire un contrôle plus étendu que celui qu'exerçait auparavant chaque entreprise isolément. Selon M. le professeur Blaise, « toute restriction de l'indépendance des firmes freine, par définition, la concurrence ». Il nous semble plutôt que cette dernière conception correspond plus à la menace d'entrave qu'à l'entrave réelle : le regroupement des forces est susceptible d'exercer une influence sur le jeu concurrentiel, mais n'a pas nécessairement un effet néfaste sur la concurrence. La question se pose alors de savoir si cette menace existe dans tous les cas, quelle que soit la taille des entreprises regroupées en entente. Le problème a un grand intérêt pratique puisque la qualification d'entente illicite en dépend : si l'on admet, en effet, que toute « entente », c'est-à-dire tout regroupement d'entreprises ayant abandonné une partie de leur indépendance au profit de l'exercice collectif d'un pouvoir de marché, constitue une menace pour la concurrence, la prohibition doit jouer en vertu des termes mêmes de l'article 59 bis. C'est, effectivement, l'opinion soutenue par M. le professeur Blaise, qui estime que ni la taille ni la puissance de l'entente ne doivent entrer en considération.

433. — Depuis 1967, il semble, au contraire, que la Commission prête particulièrement attention à cet élément pour en déduire l'existence d'une menace d'entrave à la concurrence. Un clivage s'opère entre les ententes puissantes et les ententes de faibles dimensions. En ce qui concerne les premières, on doit reconnaître que leur seule existence constitue un péril pour la concurrence. L'entente

---

(102) J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n° 176 et s.

(103) Rapport pour 1956, p. 17.

dans l'industrie de l'acide sulfurique (104), par exemple, regroupait la majorité des producteurs parmi lesquels les deux groupes Péchiney-Saint-Gobain et Ugine-Kuhlman occupaient une position dominante ; la Commission a estimé qu'il n'y avait pas d'abus mais que cette situation augmentait les risques d'atteinte à la concurrence et justifiait une surveillance particulière. De même, l'apparition d'une position dominante sans abus, lors de l'examen de l'affaire « Carbone de tungstène », est apparue comme « préoccupante » (105).

Les ententes composées d'entreprises de dimensions plus faibles, en revanche, peuvent constituer mais ne constituent pas nécessairement une menace pour la liberté de la concurrence. Cela ressort implicitement de la position adoptée par la Commission lors de l'affaire du G.I.E. de Saverne en 1973 (106) mais c'est dans l'avis « Fiorio » (107) que cette évolution s'exprime le plus nettement. Examinant la licéité des pratiques de répartition des marchés publics mises en place par le groupement d'intérêt économique, support juridique de l'entente, la Commission relève que l'entente était composée « d'entreprises de taille moyenne à vocation régionale pour la plupart », confrontées à des entreprises comptant « parmi les plus puissantes de la profession ». Dans la mesure où, par ailleurs, le groupement s'était limité à la recherche des commandes publiques au niveau national, il avait eu pour objet et pour effet de permettre à ses membres d'entrer en concurrence avec des entreprises de taille nettement plus importante. Ayant contribué à accroître la concurrence, il ne tombait donc pas sous le coup de l'article 59 bis ; l'avis précise toutefois qu'

*« il en irait différemment si ce groupement devait orienter ses activités vers d'autres catégories de marchés (...) pour lesquels l'action du G.E.L.F. ne s'exercerait pas dans le sens d'un accroissement de la concurrence ou encore si ce groupement venait à comprendre des entreprises aptes par leur taille à accéder directement au marché des constructions administratives industrialisées ».*

On constate ainsi qu'en ce qui concerne les ententes de moyenne envergure, l'existence d'une menace d'entrave à la concurrence ne peut s'apprécier par référence au critère du contrôle « relatif » qu'elle exerce : il faut, au contraire, examiner la situation très concrètement afin de savoir si l'entente favorise la concurrence,

---

(104) Avis « Accords professionnels dans l'industrie de l'acide sulfurique », du 21 nov. 1969.

(105) Avis « Carbone de tungstène », du 20 sept. 1974 ; Rapport pour 1974, p. 1207 (le rapport précise que cette position dominante résultait de la prise de contrôle de plusieurs entreprises par un groupe étranger capable de couvrir désormais à lui seul 50 % du marché français).

(106) L'avis relatif au « Groupement d'intérêt économique de commerçants de Saverne » (10 janv. 1973) retient le fait que le groupement avait pour objet et pour résultat d'intensifier la concurrence à l'égard des magasins à grande surface et des autres détaillants locaux.

- (107) Avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.



l'entrave ou menace de l'entraver. Pour ce qui est de l'effet éventuel, une certaine hétérogénéité apparaît donc dans le traitement des ententes par la Commission puisque les ententes puissantes ne sont pas considérées de la même façon que les ententes plus modestes (108).

## § 2.— Suffisance de l'effet éventuel d'entrave à la concurrence au regard de l'imputabilité à l'entente de l'entrave

434.— Le problème se pose de savoir si l'existence d'une simple menace d'entrave à la concurrence suffit, indépendamment de tout autre élément, à faire tomber une entente sous le coup de la prohibition. A s'en tenir à la lettre du texte, on devrait répondre par l'affirmative puisqu'il interdit les ententes « pouvant avoir pour effet » de porter atteinte au jeu concurrentiel. Or, la réalité d'une menace d'entrave est certaine en ce qui concerne les ententes puissantes dont la seule existence met la concurrence en péril ; celles-ci devraient donc être déclarées illicites *ipso facto*, quelle que soit l'efficacité réelle des pratiques mises en œuvre. La Commission paraît s'orienter dans cette direction en déclarant dans son rapport pour 1973, à l'occasion de l'affaire des pétroliers (109), que

« en principe, lorsque des pratiques anticoncurrentielles ont été suivies, l'article 59 bis s'applique et l'appréciation de ces pratiques n'intervient qu'au titre de l'article 59 ter ou des suites à donner » (110).

En vérité, l'observation de l'ensemble des avis montre que le critère légal d'incrimination tiré d'un effet purement éventuel d'entrave à la concurrence est utilisé avec précaution. Détaché de tout autre circonstance, il n'est pratiquement jamais envisagé. Coexistant avec un effet réel d'entrave, il est retenu par la Commission mais il importe surtout de rechercher s'il est pris en considération lorsqu'il ne coexiste pas avec une entrave à la concurrence effective.

## A. — L'EFFET EVENTUEL COEXISTE AVEC UN EFFET REEL

435.— L'effet éventuel d'entrave à la concurrence est souvent pris en considération par la Commission lorsqu'il coexiste avec un effet réel. Avant 1967, notamment, le seul critère de l'entrave à la concurrence résidait dans l'effet néfaste sur les prix. Or, de nombreuses pratiques ont été condamnées pour des raisons différentes. Pour satisfaire aux exigences du texte, cependant, la Commission

(108) Cf. l'avis « Tirage et développement de photos en couleur », du 28 févr. 1975.

(109) Rapport pour 1973, p. 2605 ; 1er avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(110) Cette affirmation répondait à l'argumentation selon laquelle la concertation était peu contraignante et les pratiques partiellement inefficaces.

prenait soin de préciser que ces pratiques « pouvaient avoir, en outre, un effet sur les prix » (111) ; cette mention d'un effet, même potentiel, sur les prix était indispensable pour l'incrimination de l'entente.

436. — La prise en considération de l'effet éventuel peut intervenir d'une manière différente lorsque des circonstances particulières mettent en évidence l'éventualité d'une aggravation, pour l'avenir, de l'entrave actuelle à la concurrence. L'avis « Bois du Nord » (112) insiste, par exemple, sur l'hypothèse

« qui ne peut en aucune manière être exclue, d'une restriction progressive des débouchés intérieurs et sur celle, moins probable, du rétablissement de certaines restrictions quantitatives à l'importation ».

Dans un tel cas, l'éventualité d'une entrave supplémentaire n'a pas d'incidence sur l'incrimination mais entre en considération dans l'appréciation de la gravité des pratiques constatées (113).

437. — L'effet éventuel d'entrave à la concurrence est également retenu à l'encontre des pratiques dites « neutres », comme les prix *franco*. Ni répréhensibles ni bénéfiques par elles-mêmes, elles sont susceptibles d'avoir des effets néfastes lorsqu'elles sont suivies alors que la situation est déjà non concurrentielle. L'avis « Verre creux mécanique » (114) déclare ainsi que

« dans la mesure où elle *peut avoir pour effet* de fausser le jeu normal de la concurrence sans contribuer au progrès économique, la pratique des prix franco... est prohibée par l'article 59 bis... si elle résulte d'une entente ».

La Commission considère que ces pratiques « neutres » ont un effet multiplicateur soit de la concurrence, soit de l'entrave à la concurrence. Elles sont condamnables dans la mesure où, coexistant avec une entrave réelle, elles contribuent à l'aggraver. La solution dépend des circonstances de l'espèce. En ce qui concerne les fabricants de verre creux, l'avis précise qu'

« *en l'espèce cette pratique*, sans être elle-même abusive, *a pu avoir pour effet* de faciliter le respect de l'entente sur les prix et le maintien de la position dominante occupée par les deux principaux fabricants ».

---

(111) Le rapport pour 1957 déclarait d'ailleurs que « la simple possibilité de faire obstacle à l'abaissement des prix de vente constitue toujours un grief grave et décisif » (p. 214).

(112) Avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960.

(113) Rapport pour 1960, p. 14.

(114) 2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976.

Une solution identique est retenue en ce qui concerne les statistiques diffusées à leurs adhérents par des organisations professionnelles. La Commission estime, en effet, que

*« compte tenu de la situation existant sur le marché (...) les statistiques excèdent les besoins normaux de la profession et ont pu favoriser le développement des pratiques anticoncurrentielles précédemment relevées ».*

## B. — L'EFFET EVENTUEL NE COEXISTE PAS AVEC UN EFFET REEL

438. — La question est de savoir si l'effet éventuel, lorsqu'il ne coexiste pas avec un effet réel, est retenu par la Commission pour la qualification d'entente illicite. Il convient de remarquer, tout d'abord, qu'en l'absence de tout effet réel la Commission ne prend pas en considération une menace très faible d'entrave à la concurrence. Le rapport pour 1973 déclare, en effet, qu'

*« il y a un seuil au-dessous duquel la Commission estime que le fait critiquable ne constitue même pas une infraction : tel est le cas pour un agrément syndical dont les conditions d'attribution présentaient, sur un point limité, un caractère risquant de fausser la concurrence » (115).*

439. — La menace pour la concurrence peut, cependant, être plus grave lorsqu'elle résulte de pratiques illicites par elles-mêmes, bien que ces pratiques n'aient jamais été mises en œuvre, ou de clauses de contrats présentant le même caractère quoique ces contrats ne soient pas appliqués. La Commission estime que cette non application ne constitue pas un obstacle à l'incrimination de l'entente car de telles clauses

*« constituent une arme dangereuse dans la main de professionnels : il y aurait de grands risques à les laisser seuls juges de l'opportunité de relâcher ou de resserrer le contrôle exercé par l'entente sur la production et la distribution et les laisser maîtres d'agir en ce sens » (116).*

Ainsi, dans l'affaire « Verre plat » (117) déclare-t-elle à propos des accords de l'entente sur les prix que

*« la lettre et l'esprit des conventions d'entente... peuvent avoir pour effet de faire obstacle à un abaissement des prix de vente, spécialement dans l'éventualité où la demande fléchirait pour une cause conjoncturelle, technologique ou autre ».*

Dans l'affaire « Tubes d'acier », elle condamne de la même façon les sanctions financières qui accompagnent les mécanismes de

---

(115) Rapport pour 1973, p. 2605 ; cette jurisprudence rappelle celle des instances communautaires sur les « accords de bagatelle » qui, en raison de leur faible importance, sont tenus pour négligeables et n'encourent aucune sanction (B. GOLDMAN, Droit commercial européen, n°284).

(116) Rapport pour 1956, p. 17.

(117) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

répartition du marché, quand bien même leur application demeurerait purement éventuelle, car,

« ...la possibilité d'application de sanctions financières entrave la concurrence et peut avoir pour effet de faire obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente » (118).

Les observations les plus intéressantes de la Commission à propos de la considération des effets éventuels d'une entente sur le jeu de la concurrence sont, cependant, formulées à propos de l'affaire des « Huiles usagées », dans le rapport pour 1973 (119) : la Commission a retenu à l'encontre de certains producteurs le fait qu'ils aient limité, pour « événementiellement » le restreindre, l'approvisionnement des régénérateurs bien qu'ils n'aient pas utilisé les moyens dont ils étaient dotés. Le rapport souligne que la prohibition édictée par l'article 59 bis s'applique chaque fois qu'une entente se « donne les moyens » d'infliger un préjudice, même si elle ne les met pas en œuvre. Un simple préjudice éventuel entraîne donc la condamnation des pratiques concertées (120) même si cet effet éventuel ne coexiste pas avec un effet réel. C'est, qu'en réalité, *il coexiste avec l'objet anticoncurrentiel* : l'intention anticoncurrentielle existait bien, en effet, au moment de la rédaction des clauses illicites. Le fait qu'elles ne soient pas appliquées ou respectées et qu'une certaine concurrence subsiste n'enlève rien à leur caractère répréhensible et demeure sans influence sur l'existence de l'infraction (121). Toutes les pratiques « de nature à faire obstacle au jeu de la concurrence » sont condamnables même si elles n'ont pas porté préjudice à la collectivité, aux consommateurs ou aux concurrents du seul fait que ce préjudice serait certain si elles étaient mises en œuvre.

L'effet éventuel d'entrave à la concurrence a donc, semble-t-il, un caractère subsidiaire : il n'est pas pris en considération indépendamment de toute autre circonstance pour condamner une entente, mais seulement s'il coexiste avec une entrave réelle ou avec une intention anticoncurrentielle. Il joue beaucoup plus le rôle d'un élément d'appréciation de la nocivité de l'entente que celui d'un critère d'incrimination.



---

(118) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; cf. également l'avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956.

(119) Avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973 ; Rapport pour 1973, p. 2605.

(120) Il convient de relever la différence existant entre le contrôle des entraves individuelles à la concurrence et le contrôle des entraves collectives : ainsi l'article 37 ne vise-t-il que le refus de vente effectif tandis que l'article 59 bis interdit l'action concertée permettant de limiter la vente à des tiers, quand bien même cette limitation ne serait pas mise en œuvre (supra, n° 202 et s.).

(121) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 : les professionnels invoquaient le fait que le mandat exclusif de vente donné au comptoir de vente n'était pas respecté, laissant subsister la concurrence.



440. — En conclusion, l'intention anticoncurrentielle semble essentielle et les effets anticoncurrentiels secondaires du point de vue de l'existence même de l'infraction (122). L'effet joue, cependant, un grand rôle en ce qui concerne tant la preuve de l'intention que l'appréciation des suites à donner aux infractions et cela explique probablement qu'il ait focalisé l'attention. Il y a à cela une autre raison : l'intention délictueuse est, en quelque sorte, une intention « objectivée » dont la recherche ne suppose nulle analyse de la psychologie des participants ; il suffit qu'ils aient eu conscience des effets possibles de leur concertation. Or, le plus souvent, ils n'ont pas pu ignorer qu'ils freinaient la concurrence ; c'est une évidence sur laquelle il n'est pas besoin de s'attarder. De nombreux avis insisteront donc sur les pratiques mises en œuvre sans mentionner l'intention, ce qui ne signifie pas qu'elle est absente. Il serait, d'ailleurs, de mauvaise politique économique de pourchasser les seules entraves effectives. L'efficiencia du droit de la concurrence passe, en France, par le changement des mentalités. Si nous avons constaté une importance particulière de l'objet anticoncurrentiel, c'est que les entreprises sont encore trop souvent animées par des préoccupations malthusiennes et corporatistes ; l'effet d'entrave à la concurrence n'est que le résultat visible de ces préoccupations.

---

(122) Le point de vue de la Commission française paraît identique à celui des instances européennes (cf. B. GOLDMAN, Cours de droit de la concurrence, Les cours de droit, Paris 1966/1967, p. 370 et s.).

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

441. — Au terme de cette première partie, une première définition de l'entente prohibée se dégage. L'entente prohibée par l'article 59 bis, devenu l'article 50, est une entente qui est la cause, au moins partielle, d'une entrave à la concurrence.

442. — L'« entente » constitue la première condition d'application du texte incriminateur qui ne vise que les comportements collectifs. Il est difficile de cerner les contours d'un phénomène s'exprimant à travers des formes si différentes. Aucun critère formel ne peut, dès lors, être retenu pour qualifier l'entente, qui atteint, par ailleurs, tous les secteurs économiques. L'« entente » ne se caractérise, en vérité, que par l'existence d'une concertation entre les entreprises aux fins d'assurer l'organisation collective d'une ou plusieurs fonctions économiques des entreprises concernées. Par cette discipline collective, l'entente compte exercer un pouvoir de contrôle sur le marché en raison du regroupement des forces des adhérents ; mais elle ne sera condamnable que si l'exercice de ce pouvoir est générateur d'une entrave à la concurrence.

443. — L'entente qui accroît la concurrence ne tombe pas, en effet, sous le coup de la prohibition. Cet accroissement doit être intentionnel, effectif et immédiat (1). Sous cette triple condition, l'entente sera considérée comme une entente licite, non prohibée par l'article 59 bis, et, partant, n'ayant pas à être examinée au regard des dispositions de l'article 59 ter (2). Dans la mesure où la licéité d'une telle entente est affirmée, on peut être tenté de la situer hors du champ d'application de l'article 59 bis. Cela ne nous semble pas correspondre, cependant, à la jurisprudence « Fiorio » ; quoique l'entente ne tombe pas sous le coup de la prohibition, elle reste, en

---

(1) Rapport pour 1974, p. 1207 ; avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

-(2) Cf. infra, n° 446 et s.

effet, une « entente » au sens du texte incriminateur, dans la mesure où le regroupement des forces comporte tout de même un risque pour la concurrence en cas de modification du comportement des entreprises. Cet aspect du problème, envisagé dans l'avis « Fiorio », est perçu par M. Laurent qui écrit : « Même l'entente apparemment la mieux justifiée parce qu'elle contribue à aviver la concurrence sur le marché oligopolistique ne manquera pas de comporter des pratiques qui, inoffensives dans l'immédiat, risquent de devenir dangereuses dans l'avenir »... et il conclut à « l'éclatement de l'incrimination » (3).

Nous ferons observer que la qualification d'entente licite paraît devoir être réservée à des ententes constituées entre des entreprises petites et moyennes dont il convient d'assurer l'existence dans la mesure où elle représentent des contre-pouvoirs face aux groupes. Il ne s'agit pas de leur donner un quitus mais de préserver et d'améliorer leur force concurrentielle. Dans cette perspective, la « jurisprudence » récente de la Commission semble pleinement justifiée.

444. — L'entrave collective à la concurrence constitue la deuxième condition de l'incrimination. L'examen des avis conduit à classer les pratiques en trois catégories :

— *pratiques condamnables « en soi »* : elles encourrent une condamnation automatique, sans que les circonstances de l'espèce soient jamais prises en considération, dans la mesure où elles sont l'expression du dirigisme professionnel et où leur mise en œuvre entraîne nécessairement une restriction de la concurrence dont la nocivité n'est jamais compensée par aucun avantage (quotas rigides, barèmes de prix, remises cartellisées, réponses non sincères aux appels d'offres de l'administration).

— *pratiques condamnables en principe mais susceptibles d'être tolérées* : ce sont les pratiques comportant un élément de souplesse qui peuvent, parfois, présenter des avantages et auront, à ce titre, vocation à être rachetées au regard de l'article 59 ter (quotas « évolutifs », labels professionnels, exclusivités sous certaines conditions, etc...).

— *pratiques « neutres »* : ni bénéfiques, ni répréhensibles en soi, elles jouent le rôle d'un « multiplicateur » de la concurrence ou de l'entrave ; ces pratiques ne peuvent être appréciées qu'en fonction de la situation concrète du marché (échanges d'informations, prix franco...)

On constate que la Commission combine une appréciation *in concreto* et *in abstracto* de la situation de la concurrence dans chaque cas. L'empirisme et la souplesse des solutions n'empêche pas, toutefois,

(3) Ph. LAURENT, op. cit., p. 315.

que se dégagent au fil des années certains critères assez sûrs d'incrimination. Le contenu de la notion de concurrence apparaît en filigrane à travers une jurisprudence hostile à toute pratique aboutissant à renforcer la rigidité des structures et à engendrer des situations de rente

« ne résultant pas d'innovations ou de gains de productivité. Tel est bien, en effet, l'objectif constant de la Commission : faire disparaître les rentes résultant d'une concurrence imparfaite » (4).

La double lutte contre le malthusianisme et l'inflation, pour la protection du consommateur, constitue donc la ligne essentielle de cette jurisprudence.

445. — L'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence constitue la troisième et dernière condition d'application de l'article 59 bis. Lorsque l'entrave à la concurrence est imputable à une cause étrangère, la Commission a posé en principe que les professionnels ne pouvaient être tenus pour responsables et poursuivis. Il n'y a, toutefois, obstacle à l'incrimination que si l'entrave est imputable dans sa totalité à une cause extérieure à l'entente ; dès lors que celle-ci est la cause même partielle des restrictions de concurrence, la qualification d'entente prohibée peut être retenue. En pratique, la condition d'imputabilité n'exclut la qualification d'entente illicite que dans des cas extrêmement rares : il faut, pour cela, que le secteur dans lequel les entreprises considérées exercent leur activité soit « totalement administré ». Soustrait au régime de l'économie de marché par une réglementation qui abolit la concurrence, il ne peut être en même temps soumis aux règles de concurrence (5) et il ne saurait être question d'incriminer, à ce titre, des opérateurs économiques n'ayant, par hypothèse même, aucun pouvoir de décision. L'exigence de l'imputabilité, au moins partielle, à l'entente de l'entrave à la concurrence met en évidence une limite à l'application du droit de la concurrence dont les règles deviennent « sans objet » si le secteur en cause n'est pas placé, au moins en partie, en régime de liberté. Dans la mesure où les pouvoirs publics s'orientent vers une politique de concurrence plus rigoureuse et plus active, le champ d'application des règles de concurrence paraît devoir s'élargir et il sera de plus en plus difficile aux entreprises de se fonder sur cette jurisprudence pour échapper à la qualification d'entente prohibée.

---

(4) Rapport pour 1975, p. 999 et s.

(5) Rapport pour 1973, p. 2603.





## DEUXIÈME PARTIE

---

L'entente prohibée ne remplit pas les  
conditions exigées par l'article 59 ter  
devenu l'article 51



446. — L'article 59 ter de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée prévoit deux catégories de faits susceptibles de faire échapper à l'interdiction une entente prohibée par l'article 59 bis. L'application de ces dispositions permet, plus précisément, d'éviter les conséquences de la qualification d'entente illicite. Pour bien comprendre la philosophie du système de justification prévu par l'article 59 ter, qui contribue à donner une physionomie originale au dispositif français de contrôle des ententes (1), il importe de souligner que son application est subordonnée à celle de l'article 59 bis. Le premier rapport de la Commission déclarait :

« il ne suffit pas de constater qu'une entente a pour effet d'apporter une entrave au plein exercice de la concurrence (...) pour en prononcer la condamnation. Si le décret du 9 août 1953 avait cette portée, il ne serait qu'une réédition de la loi Le Chapelier (...) et son application serait sans doute d'une remarquable simplicité... Il importe de souligner, au contraire, que si les conditions posées à l'article 59 ter sont remplies par une entente, les pratiques par lesquelles celle-ci se manifeste cessent d'être prohibées bien qu'elles soient, par leur nature, de celles que vise l'article 59 bis » (2).

Il en résulte qu'une entente qui tombe sous le coup de l'article 59 bis peut échapper à la condamnation en vertu des dispositions de l'article 59 ter mais, inversement, que seule une entente tombant sous le coup de l'article 59 bis peut être examinée au regard de l'article 59 ter. Ce dernier texte prévoit, en effet, une double justification. Or, une justification ne se conçoit pas en l'absence d'infraction. C'est effectivement la position adoptée en 1974 par la Commission dont il convient de souligner l'importance. Le rapport déclare que lorsqu'une entente, loin de restreindre la concurrence, a pour objet et pour effet immédiat de contribuer à l'accroître elle

« doit être considéré comme licite au regard de l'article 59 bis, sans même qu'il soit besoin de rechercher si elle remplit les conditions exigées par l'article 59 ter » (3).

447. — Il semble, dès lors, que la distinction traditionnelle qui présente les ententes exonérées au titre de l'article 59 ter comme de

---

(1) X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, op. cit., p. 5 ; le dispositif français institue, en effet, un contrôle dit *a posteriori* n'impliquant pas de notification préalable de l'accord d'entente comme cela existe en droit communautaire.

(2) Rapport pour 1954 et 1955, p. 6.

(3) Rapport pour 1974, p. 1207 ; avis « Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.



« bonnes ententes » par opposition aux « mauvaises ententes », prohibées par l'article 59 bis soit trop sommaire : nous serons amenés à constater que non seulement certaines des ententes rachetées sont mauvaises (4) mais encore que les autres ne sont pas totalement bonnes et doivent plutôt être considérées comme plus utiles que nocives (5). Celles qui contribuent à l'accroissement de la concurrence peuvent, en revanche, être qualifiées de « bonnes ententes » justiciables ni de l'article 59 bis ni de l'article 59 ter. Les ententes auxquelles s'appliquent les dispositions de l'article 59 ter bénéficient, elles, d'un « rachat » en raison des faits justificatifs (6) prévus par la loi : non seulement la constatation d'un fait justificatif fait disparaître l'élément légal de l'infraction (7) mais l'entente, validée au regard de la loi pénale, l'est aussi au regard de la loi civile : une action en nullité ne saurait donc aboutir, en principe.

448. — Ce système de justification a fortement inspiré la réglementation de la concentration économique instituée par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977. Le dernier alinéa précise, en effet, que dans le cas où une concentration apporterait au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence qu'elle implique, aucune mesure prohibitive ou

---

(4) Cf. les obs. de la Commission relativement à l'entente entre « Fabricants d'explosifs industriels » (avis du 27 mai 1966) dans le rapport pour les années 1963 à 1966 (p. 4 et s.).

(5) *Infra*, n° 496 et s.

(6) On peut s'interroger sur la nature juridique du rachat. En dépit du fait que la Commission se réfère expressément à la notion d'excuse absolutoire (Rapport pour 1970 et 1971, p. 420 ; Rapport pour 1975, p. 999), les dispositions de l'article 59 ter doivent être considérées comme des faits justificatifs : car s'il est vrai que dans les deux hypothèses aucune peine n'est prononcée, l'exemption résultant d'une excuse absolutoire suppose que les conditions de la responsabilité pénale sont réunies ; aussi le bénéficiaire de l'excuse n'est-il pas puni mais demeure coupable au regard de la loi et son acte reste illicite ; or, l'objet de l'article 59 ter est, au contraire, de valider l'entente. On objectera que les faits justificatifs suppriment l'infraction pour des raisons qui ne sont pas appelées à jouer un rôle en la matière : ni la légitime défense, ni l'état de nécessité, ni même l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime ne peuvent fréquemment être invoqués en droit pénal des affaires (J. LARGUIER, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 31) ; il semble que le droit des ententes constitue un cas particulier à cet égard ; on doit d'ailleurs relever que certaines ententes ont invoqué l'état de nécessité devant la Commission : l'une prétendait qu'elle était nécessaire pour contrebalancer l'effet de dispositions fiscales prises par un Etat étranger et qui faussaient le jeu de la concurrence (« Munitions de chasse et de tir », 18 janv. 1964), l'autre se justifiant par la nécessité de lutter contre la concurrence des pays à bas salaires (« Articles de visserie », 18 déc. 1965) ; la Commission s'est estimée incompétente pour juger du bien-fondé de ces allégations, estimant que c'est aux pouvoirs publics qu'il appartient d'assurer une protection appropriée aux industries menacées par la concurrence étrangère (Rapport pour 1963 à 1966, p. 4).

(7) R. MERLE et A. VITU, op. cit., n° 369 ; dans ses premiers rapports la Commission se référait d'ailleurs à la notion de faits justificatifs (Rapport pour 1956, p. 18).

corrective ne pourra être prononcée par le ministre de l'Economie et des Finances ; la concentration n'étant pas un délit, même lorsqu'elle est prohibée (8), il ne saurait être question de faire appel, en l'occurrence, à la notion pénale de « faits justificatifs ». C'est pourquoi la loi exige une « compensation » et non une « justification » de l'effet anticoncurrentiel par l'effet sur le progrès économique et social, mais la philosophie est la même.

449. — Le système du « rachat » des ententes anticoncurrentielles a pour fondement des considérations d'opportunité permettant à l'Etat d'affirmer ses priorités économiques (9). Les dérogations au principe de libre concurrence posé par l'article 59 bis se justifient par le fait qu'il n'y a pas, en France, de « religion » de la concurrence : comme le soulignait le rapport pour les années 1958 et 1959,

« la législation... qui comporte la nécessaire combinaison des articles 59 bis et 59 ter de l'ordonnance de 1945... implique que la concurrence représente, certes, la norme légale mais non la seule solution possible et que la loi ne s'oppose pas à ce qu'une entente ou une limitation réglementaire de la concurrence lui soit préférée dans certains cas si ses effets économiques sont meilleurs » (10).

Les deux causes d'exonération prévues par l'article 59 ter répondent ainsi à des besoins spécifiques qu'il est intéressant d'analyser plus précisément.

450. — Des circonstances particulières peuvent, tout d'abord, justifier l'établissement par voie législative ou réglementaire d'un régime dérogatoire au droit commun de la concurrence dans certains secteurs économiques où se font sentir des nécessités plus pressantes : situation de crise, sauvegarde de l'emploi, pénurie ou maintien d'une certaine indépendance énergétique... (11). Le premier paragraphe de l'article 59 ter correspond à ce type de situations : en vertu de cette disposition, l'entente ne peut tomber sous le coup d'une condamnation, quand bien même elle limiterait la concurrence, puisque cette restriction est la conséquence directe des mesures prises par l'autorité publique. Cette cause d'exonération s'apparente

---

(8) F.-C. JEANTET, *op. cit.*, n° 31 et s.

(9) X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, *op. cit.*, loc. cit.

(10) Rapport pour 1958 et 1959, p. 305.

(11) De très nombreuses réglementations restrictives de la concurrence ont été édictées en raison d'une situation de pénurie ; on retrouve ainsi, dans de nombreux avis, la trace de réglementations héritées du gouvernement de Vichy, période de difficultés économiques et de cartellisation (« Meunerie parisienne », 18 déc. 1959 ; « Vins de Champagne », 19 déc. 1969). Plus récemment, c'est pour des raisons tenant à la fois à la situation de pénurie et à la nécessité d'assurer l'indépendance énergétique nationale que les pouvoirs publics sont intervenus dans le secteur de l'industrie pétrolière (cf. le second avis relatif à la situation de la concurrence dans ce secteur, 21 mai 1976).

ainsi au fait justificatif résultant de l'ordre de la loi et du commandement de l'autorité légitime.

451. — Le second paragraphe de l'article 59 ter répond à des besoins différents. L'objectif essentiel des pouvoirs publics est de parvenir au « progrès économique », c'est-à-dire de donner le maximum d'efficacité à notre système économique. Il convient donc de « trouver le moyen le plus approprié pour assurer l'allocation optimale des ressources de la collectivité » (12). Or, la théorie économique enseigne que la concurrence constitue, en principe, le meilleur moyen d'aboutir à ce résultat. La libre concurrence est donc érigée au rang d'un principe d'ordre public (13) et les pratiques collectives de nature à affecter le jeu concurrentiel sur les marchés sont interdites. Toutes les ententes recourant à des pratiques restrictives présentent l'inconvénient de limiter la concurrence, mais toutes ne présentent pas que des inconvénients. Les restrictions constatées à un certain moment peuvent être nécessaires pour permettre à la concurrence de renaître plus tard, par exemple entre des groupes plus fortement concentrés (14). Une entente peut ainsi, dans certains cas, constituer un moyen de contribuer à la restructuration de l'économie française, rendue plus pressante par le développement de la concurrence internationale (15). A la question de savoir si l'on doit interdire une entente dont les avantages l'emporteraient largement sur les inconvénients, l'article 59 ter-2° répond donc par la négative en permettant de valider, temporairement, les pratiques restrictives indispensables à la réalisation d'objectifs jugés conformes à l'intérêt national. La libre concurrence, n'étant pas une fin en soi mais un moyen de parvenir au progrès économique, peut être provisoirement écartée si, dans certaines circonstances, un moyen différent paraît meilleur. Telle est donc la philosophie sous-jacente à l'article 59 ter-2°.

---

(12) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 24.

(13) Le caractère d'ordre public du principe de libre concurrence est affirmé par la Commission, en particulier dans l'avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(14) Cf. en particulier les avis rendus à propos de l'affaire des lampes électriques (26 mai 1956 et 22 avr. 1966) : l'entente avait été exonérée dans la mesure où elle constituait une étape sur la voie des concentrations, longtemps considérées comme l'un des moyens de parvenir à la restructuration de l'économie nationale ; on s'est aperçu, cependant, qu'une concentration excessive présente des inconvénients sur le plan de la concurrence ; la loi relative au contrôle de la concentration économique devrait permettre de poursuivre ces efforts de restructuration tout en s'assurant qu'ils ne seront pas détournés de leurs objectifs (exposé des motifs du projet de loi, *op. cit.*, et loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, *op. cit.*).

(15) Rapport précité du Conseil économique et social, p. 1101.

452. — Il convient alors d'examiner l'application de ces dispositions par la Commission qui a dû s'efforcer, au cours des années, d'en préciser le domaine. On constate, justement, qu'elle ne paraît pas disposée à octroyer généreusement le bénéfice des dispositions de l'article 59 ter dont elle estime que

« dans son esprit, et conformément à la lettre du texte, il revêt un caractère dérogatoire par rapport à la règle posée à l'article 59 bis. Il ne saurait donc s'appliquer que dans un nombre d'hypothèses strictement limité » (16).

Nous verrons quelles sont ces hypothèses en étudiant successivement les conditions d'exonération des ententes qui résultent d'un texte législatif ou réglementaire (Titre I) et de celles qui contribuent au progrès économique (Titre II).

---

(16) Rapport pour 1972, p. 26.





## TITRE I

LE « RACHAT » PREVU PAR L'ARTICLE 59 ter - 1°  
DEVENU L'ARTICLE 51 -1°

### Ententes résultant d'un texte législatif ou réglementaire

453. — L'article 59 ter-1° (51-1° nouveau) de l'ordonnance du 30 juin 1945 relève de la prohibition édictée à l'article 59 bis les ententes qui « *résultent d'un texte législatif ou réglementaire* ».

Le droit commun est, dans ce cas, écarté par la volonté du législateur ou de l'autorité publique qui, pour des raisons d'opportunité socio-économique, préfèrent le maintien des situations d'entente. Dans son rapport pour 1958 et 1959 la Commission estimait, cependant,

« peu probable qu'elle soit jamais amenée à faire de ce texte une application directe puisque cela signifierait qu'elle a été saisie ou s'est saisie d'une affaire où les pratiques restrictives de la concurrence ont été rendues obligatoires par le législateur ou par le gouvernement, ce qui est facile à constater sans consulter la Commission et rend d'emblée cette consultation inutile » (1).

Or, non seulement l'article 59 ter-1° a été invoqué à plusieurs reprises par des ententes condamnées au titre de l'article 59 bis mais il a été appliqué par la Commission contre sa propre attente. Peu abondante, cependant, la jurisprudence relative à l'exonération légale n'en présente pas moins un grand intérêt dans la mesure où elle

---

(1) Rapport pour 1958-1959, p. 306.

permet de mieux comprendre la philosophie de la Commission en ce qui concerne tant la finalité du droit des ententes que le rôle qu'elle doit jouer dans son application. On la devine hostile aux entraves apportées à la concurrence, fut-ce par l'autorité publique, lorsque ces obstacles n'ont pas de justification économique. Très tôt, par conséquent, elle a manifesté sa volonté d'interpréter strictement les termes de l'article 59 ter-1° (2). Cette disposition suppose que deux conditions soient réunies. Il faut, en premier lieu, que l'entente puisse fonder ses prétentions sur un texte législatif ou réglementaire susceptible de justifier des pratiques restrictives (Chapitre I). L'entente devant, en second lieu, «résulter» du texte invoqué, il est nécessaire qu'elle lui soit imputable (Chapitre II).

---

(2) Rapport pour 1958 et 1959, loc. cit., Rapport pour 1963 à 1966, p.4.

## CHAPITRE I

### PREMIERE CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 ter - 1° EXISTENCE D'UN TEXTE LEGISLATIF OU REGLE- MENTAIRE SUSCEPTIBLE DE JUSTIFIER UNE ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE

454. — L'article 59 ter-1° établit un fait justificatif en faveur des ententes qui « *résultent d'un texte législatif ou réglementaire* ». La nouvelle rédaction, résultant de la modification opérée par l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967, précise que « les dispositions de forme réglementaire intervenues avant le 31 octobre 1967 cesseront de pouvoir être invoquées à compter du 1er octobre 1969 ». Il importe, alors, de déterminer avec précision les textes qui, entrant dans le champ d'application de cette disposition, ouvrent aux ententes droit à l'exonération légale.

Il doit s'agir, d'une part, d'un « texte législatif ou réglementaire » et la question se pose de savoir comment la Commission interprète cette condition. Il faut, d'autre part, que le texte invoqué puisse justifier l'existence d'une entente anticoncurrentielle : seule une réglementation restrictive de la concurrence répond à cet impératif. Compte tenu du nombre élevé de ces réglementations en France cette exigence soulève, cependant, de nombreuses difficultés. Nous tenterons de répondre à ces questions en examinant successivement la nature (Section 1) et l'objet (Section 2) des textes susceptibles d'être invoqués à titre de justification d'une entente.



## SECTION 1

NATURE DES TEXTES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE  
INVOQUÉS PAR L'ENTENTE

455. — Les textes visés à l'article 59 ter-1° sont des textes « législatifs ou réglementaires ». Les dispositions législatives ne posent pas de problèmes particuliers. En ce qui concerne les dispositions réglementaires, en revanche, on constate une double évolution. D'une part, l'ordonnance du 28 septembre 1967 est venue limiter le champ d'application de l'article 59 ter en décidant que certaines dispositions ne peuvent plus être invoquées (§ 1). D'autre part, la Commission fait preuve d'une attitude relativement libérale et tend à prendre en considération des textes n'ayant pas, à proprement parler, une nature réglementaire (§ 2).

§ 1. — Exclusion de certains textes réglementaires par  
l'ordonnance du 28 septembre 1967

456. — L'ordonnance du 28 septembre 1967 interdit désormais aux ententes de se prévaloir de toutes les dispositions « de forme réglementaire » intervenues avant le 31 octobre 1967. L'expression utilisée conduit à exclure du champ d'application de l'article 59 ter non seulement les décrets et autres textes pris en vertu d'un pouvoir réglementaire « autonome » ou dérivé, mais également les décrets et ordonnances pris en vertu de pouvoirs spéciaux lorsqu'ils n'ont pas été ratifiés par le Parlement (1). Les ententes pourront toujours invoquer soit une loi, quelle qu'en soit la date, soit un texte de forme réglementaire édictée postérieurement au 31 octobre 1967. La Commission précise, à propos des dispositions antérieures, que

« ces réglementations ne sont pas abrogées, mais les ententes constituées sur leur fondement n'en seront pas moins soumises aux prescriptions des articles 59 bis et suivants » (2).

Cela signifie donc que les ententes illicites pourront éventuellement se prévaloir de leur contribution au progrès économique (3), mais non des dispositions visées par l'ordonnance de 1967, à titre de justification de leur action. Il est intéressant de préciser le fondement de cette réforme et de s'interroger sur sa portée.

---

(1) Rapport pour 1967, p. 322.

(2) Rapport pour 1967, loc. cit.

(3) Infra, n° 496 et s.

## A. — FONDEMENT DE LA RÉFORME :

457. — Les articles 59 bis et suivants de l'ordonnance de 1945 ont été édictés dans le but de promouvoir la concurrence considérée comme le meilleur moyen de parvenir au développement du progrès économique. Certaines dérogations, cependant, peuvent être nécessaires. Or, en réalité, l'Administration édicte souvent des réglementations anticoncurrentielles non justifiées qui constituent autant de « blocages structurels » et freinent l'évolution économique (4).

La Commission s'est montrée sévère pour ces réglementations, notamment lorsque l'Administration se contente de reprendre des textes anciens, appropriés à une économie cloisonnée ou de nature à maintenir un secteur entier dans une situation économiquement malsaine. Les avis « Meunerie parisienne » (5) ou « Fabricants d'explosifs industriels » (6) en offrent un exemple dans la mesure où les réglementations invoquées par ces ententes ont été édictées au mépris total du droit de la concurrence. Sans craindre d'adopter une attitude critique à l'égard de l'Administration (7), la Commission a souligné, dans ce dernier avis, la nocivité de l'arrêté du 27 septembre 1955 qui renouvelait purement et simplement des dispositions prises en 1941 :

« un tel renouvellement ne pouvait être légalement décidé qu'à la condition de ne pas méconnaître la législation alors en vigueur et notamment les dispositions des articles 59 bis et suivants ».

Elle a, en conséquence, recommandé l'abrogation de cette réglementation dans les meilleurs délais et la mise en place de structures destinées à faire face aux nouvelles nécessités techniques et économiques.

La même observation peut être faite quant à l'organisation instituée dans le secteur de la conserverie des champignons de couche (8) : l'entente avait été remplacée par un accord, avalisé par le gouvernement qui en assurait le respect par l'institution d'une taxe parafiscale. L'avis a tenu à décrire, d'une manière qui marque la désapprobation de la Commission, les conséquences économiques de l'intervention des pouvoirs publics : en interdisant l'accès à la profession de conserveur, en empêchant le développement de la production et en imposant même sa réduction dans l'immédiat,

« l'organisation ainsi instituée tendait par conséquent à placer ce secteur dans une situation économiquement malsaine en cristallisant les positions respectives des conserveurs » (9).

---

(4) Le rapport des comités du VI<sup>ème</sup> Plan sur la concurrence recommandait que « l'autorité publique ayant choisi la concurrence n'entrave pas par ses réglementations... la compétitivité des entreprises françaises » (op. cit., p. 16 et s.).

(5) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959 : la réglementation en vigueur dans ce secteur, en particulier l'arrêté du 31 mars 1958, témoigne du peu de souci des pouvoirs publics d'instaurer une politique vraiment concurrentielle.

(6) Avis « Fabricants d'explosifs industriels », du 27 mai 1966.

(7) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(8) Avis « Conserverie des champignons de couche », du 18 oct. 1968.

(9) Avis précité ; cf. également le Rapport pour 1968, p. 483.

458. — Il y avait donc une certaine incohérence, de la part de l'autorité publique, entre le fait de décréter la concurrence et celui d'édicter, dans le même temps, des réglementations anticoncurrentielles économiquement peu justifiées. La modification intervenue en 1967 a essentiellement

« pour objet de réintroduire la concurrence dans des secteurs de l'activité économique qui, pour des raisons diverses, ont été, au cours de ces quarante dernières années, soumis à des réglementations de crise, tendant souvent à des partages d'activité ou de clientèles par voie d'ententes forcées » (10).

En excluant du champ d'application de l'article 59 ter-1° les dispositions de forme réglementaire édictées antérieurement au 31 octobre 1967, l'ordonnance du 28 septembre supposait que l'autorité administrative tiendrait compte, dans les réglementations postérieures, des règles destinées à assurer la liberté de la concurrence.

## B. — PORTEE DE LA REFORME :

459. — Le premier effet de la limitation du champ d'application de l'article 59 ter-1° sur les textes susceptibles d'être invoqués comme justification a été de permettre de sanctionner certaines ententes nocives tout en dégageant la responsabilité des pouvoirs publics, souvent à l'origine des entraves à la concurrence.

460. — Les réglementations visées n'étant pas abrogées, il peut en résulter, toutefois, des problèmes difficiles à résoudre. Ainsi la Commission elle-même déplore-t-elle, dans son rapport pour 1973, que

« les pouvoirs publics, soit en édictant des réglementations inadaptées, soit par leur consentement tacite voire leur appui en présence d'agissements anticoncurrentiels, encouragent des pratiques qu'il est alors bien difficile de faire sanctionner pénalement » (11).

Les suites de l'affaire des pétroliers illustrent ces difficultés. La Commission ayant recommandé, dans son premier avis (12), que les pouvoirs publics et les professionnels précisent les limites de la concertation admissible dans le secteur de la distribution des produits pétroliers, un protocole a effectivement été signé (13). Il en ressort que le souci majeur des pouvoirs publics a été de dégager leur responsabilité quant à une concertation qu'ils déclarent, par ailleurs, nécessaire. Cette position a suscité des réserves de la part du Conseil économique et social qui s'interroge également sur les possibilités de coexistence de l'obligation de concurrence avec un monopole délégué (14).

(10) Rapport pour 1967, p. 322.

(11) Rapport pour 1973, p. 2606.

(12) 1er avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(13) B.O.S.P. du 18 avr. 1973.

(14) Avis précité du Conseil économique et social, p. 1118.

461. — Ces problèmes ont conduit à préconiser de rendre obligatoire la consultation de la Commission au stade de la procédure d'élaboration des textes, tant législatifs que réglementaires, pouvant porter atteinte à la concurrence (15). C'est en partie chose faite depuis la loi du 19 juillet 1977, mais de manière moins catégorique. Une compétence consultative est reconnue à la Commission de la concurrence sur toutes questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le gouvernement. L'article 8 du décret d'application du 25 octobre 1977 précise que ces questions peuvent porter, en particulier, sur tout problème dont la solution pourrait comporter des mesures ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet soit de restreindre la concurrence, soit de la rendre plus active, et sur des règles ou des pratiques professionnelles qui font obstacle au libre jeu de la concurrence, même si ces règles ou pratiques résultent d'un texte législatif ou réglementaire. La consultation de la Commission de la concurrence demeure, toutefois, facultative et, bien entendu, ses avis ne lieront pas le gouvernement (16).

## § 2. — Extension par la Commission à certains textes administratifs non réglementaires

462. — La Commission a dû, très tôt, interpréter les termes « textes législatifs ou réglementaires » employés par l'article 59 ter-1°. Il arrive, en effet, que les ententes invoquent des incitations de l'Administration pour bénéficier de l'exonération légale. Les positions de la Commission diffèrent selon que les professionnels s'appuient ou non sur des mesures administratives.

### A. — L'ENTENTE NE PEUT INVOQUER AUCUNE MESURE ADMINISTRATIVE :

463. — Lorsque l'entente ne peut invoquer de véritables mesures administratives et s'appuie seulement sur les encouragements voire les incitations de l'Administration, la Commission se montre très ferme.

---

(15) Rapport des comités du VIème Plan sur la concurrence, op. cit., p. 45 et s. ; avis précité du Conseil économique et social, p. 1118.

(16) Loi du 19 juil. 1977, J.O. L. D. 1977, p. 3833 ; rapport Le Theule, Doc. Ass. Nat., n° 2954, p. 49 et s. Par une circulaire du 31 mai 1978 (J.O. du 1er juin 1978), le Premier ministre a demandé aux membres du gouvernement de consulter la Commission de la concurrence lorsqu'un projet de texte risque d'introduire de nouvelles rigidités dans le fonctionnement de la concurrence ; dans son premier rapport, la nouvelle Commission précise qu'il « a été entendu que le Conseil d'Etat vérifierait, lors de l'examen des projets de loi ou de décret qui lui sont soumis, que la consultation de la Commission de la concurrence a bien eu lieu lorsqu'elle s'avérait utile » ; au cours de l'année 1978, cette consultation a eu lieu à quatre reprises (Rapport de la Commission de la concurrence pour 1978, p. 4 et 5).



Ces éléments ne constituent pas un fait justificatif. Il s'agit d'une circonstance « inopérante au regard de l'article 59 ter-1° » (17). *A fortiori* n'est-il pas question d'admettre que l'entente résulte d'un texte législatif ou réglementaire lorsque l'Administration n'a jamais entrepris la moindre action positive susceptible de laisser supposer aux membres de l'entente qu'elle encourageait les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre. La Commission rejette donc les prétentions des professionnels de l'entente « Sucres dénaturés » au motif que

« le fait que le département ministériel se soit abstenu de faire obstacle aux pratiques d'entente... n'est pas de nature à permettre l'application de l'article 59 ter-1° » (18).

464. — Le comportement de l'autorité administrative, lorsqu'elle encourage ou tolère seulement les agissements anticoncurrentiels, constitue cependant un obstacle à l'application ferme du droit des ententes. En le regrettant (19), la Commission admet que cette circonstance atténue la gravité de l'infraction, notamment lorsque les pratiques anticoncurrentielles étaient connues par l'Administration des prix qui n'a formulé aucune objection (20) ou ont pu paraître avoir été autorisées par l'Administration de tutelle (21).

Il semble toutefois, que l'admission des circonstances atténuantes soit subordonnée à la bonne foi des auteurs des pratiques et que ce bénéfice leur sera refusé si rien, dans l'attitude de l'Administration, ne pouvait laisser supposer son accord, même tacite (22).

## B. — L'ENTENTE PEUT INVOQUER CERTAINES MESURES ADMINISTRATIVES

465. — L'année 1975 a permis à la Commission de préciser qu'elle n'entend pas être trop stricte lorsqu'une entente s'appuie, pour se justifier, sur des mesures administratives. Le problème s'est posé lors de l'affaire « Gobeletterie » (23). Les participants invoquaient, au titre de l'article 59 ter-1°, une circulaire du ministre de l'Economie et des Finances en date du 30 mai 1970 et une lettre de la Direction générale des prix de janvier 1971 ; sans rejeter l'argument *a priori*, l'avis l'a estimé non fondé dans la mesure où, d'une part, la circulaire invoquée n'avait pas exactement le même objet que le barème

---

(17) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958.

(18) Avis « Sucres dénaturés », du 27 nov. 1970.

(19) Rapport pour 1973, p. 2605.

(20) Avis « Laboratoires photographiques », du 28 févr. 1975.

(21) Avis « Procirep », des 21 mars et 25 avr. 1975.

(22) En ce sens, cf. l'avis « Sucres dénaturés », précité.

(23) Avis « Gobeletterie », du 16 avr. 1975.

établi et publié par la fédération professionnelle en cause (24) et où, d'autre part, la lettre était sans rapport avec les décisions de l'entente puisqu'elle constituait une simple réponse aux doléances de certains fabricants de produits alimentaires, se plaignant des pressions exercées par les magasins à grande surface.

Dépassant le cas d'espèce, le rapport pour 1975 déclare que, d'une façon générale,

« l'expression « texte législatif ou réglementaire » employée par l'article 59 ter-1<sup>o</sup> ne doit pas être entendue de façon trop stricte et que des pratiques qui auraient été autorisées par une circulaire ou une lettre du ministre de l'Economie et des Finances se présentant comme une interprétation formelle de la réglementation en vigueur, pourraient être couvertes par l'article 59 ter-1<sup>o</sup>, bien que ces actes ne constituent pas à proprement parler des textes réglementaires » (25).

466. — On peut, dès lors, se demander si la Commission est désormais déterminée à interpréter largement les termes « textes réglementaires ». Cette extension semble, en réalité, limitée par l'exigence de trois conditions :

— la circulaire ou la lettre invoquées par l'entente doivent, en premier lieu, émaner du ministre de l'Economie et des Finances ;

— elles doivent, par ailleurs, se présenter comme une interprétation formelle de la réglementation en vigueur (26) ;

— elles doivent, enfin, autoriser expressément certaines pratiques anticoncurrentielles (27).

La première condition a d'ailleurs été précisée dans l'avis « Procirep » (28). Les membres de l'entente se fondaient, en effet, sur un accord du ministre des Affaires culturelles qui avait fait savoir à la chambre syndicale des producteurs de films qu'ils conserveraient, dans leurs rapports avec l'O.R.T.F., « l'intégralité de leur liberté contractuelle en vue d'obtenir pour leurs films un prix équitable librement débattu entre les parties » ; l'avis retient cet accord à titre de circonstances atténuantes mais refuse d'y voir un fait justificatif. Le rapport pour 1975 déclare d'ailleurs à ce propos que

« l'accord donné à certaines pratiques par un autre ministre n'a pas la même portée qu'un accord du ministre des Finances qui est le seul compétent pour assurer l'application de la législation des prix et en interpréter les dispositions » (29).

(24) La circulaire, invoquée par les professionnels, était en effet relative à l'assainissement de la concurrence, notamment à la pratique des prix d'appel.

(25) Rapport pour 1975, p. 999.

(26) Cette jurisprudence évoque la jurisprudence administrative relative aux circulaires interprétatives ou supplétives (cf. en particulier, C.E. 29 janvier 1954, N.D. du Kreisker, Rec. p. 64 ; A.J.D.A. 1954-50 Concl. TRICOT ; A.J.D.A., 1954, II bis 5. Chr. GAZIER et LONG ; Ch. DEBBASCH, Droit administratif, p. 288 et s.) ; v. également l'article 1649 quinquies E du Code général des impôts et la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à son application.

(27) Infra, n° 467 et s.

(28) Avis « Procirep », des 21 mars et 25 avr. 1975.

(29) Rapport pour 1975, p. 999.

On constate par là que si la Commission n'entend pas se montrer rigide dans son interprétation des termes de l'article 59 ter-1°, l'extension admise en 1975 reste cependant extrêmement limitée.

## SECTION 2

### OBJET DES TEXTES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE INVOQUÉS PAR L'ENTENTE

467. — Les textes visés à l'article 59 ter-1° doivent évidemment avoir pour objet de restreindre la concurrence. On ne pourrait concevoir, autrement, qu'ils constituent la base légale d'une entente anticoncurrentielle. Le foisonnement, en France, de telles réglementations conduit à s'interroger sur celles qui entrent dans le champ d'application de la première disposition de l'article 59 ter. Le problème sera envisagé à un double niveau : nous examinerons la possibilité, pour l'entente, d'invoquer un texte ayant pour objet l'organisation de la totalité (§ 1) ou d'une partie seulement (§ 2) d'un secteur économique.

#### § 1. — Réglementation ayant pour objet l'organisation de l'ensemble d'un secteur économique

468. — On peut se demander si une réglementation ayant pour objet l'organisation de l'ensemble d'un secteur économique entre dans le champ d'application de l'article 59 ter-1°. La Commission n'a expressément tranché ce problème qu'en 1969 en posant en principe qu'un texte qui soustrait la totalité d'un secteur au régime de l'économie de marché ne peut être invoqué à titre de justification. La mise en œuvre du principe se révèle, cependant, très délicate.

#### A. — PRINCIPE POSE PAR LA COMMISSION : LE TEXTE INVOQUE NE DOIT PAS SOUSTRaire LA TOTALITÉ D'UN SECTEUR AU RÉGIME DE LIBERTÉ

469. — La réglementation restrictive de la concurrence susceptible de justifier une entente au regard de l'article 59 ter-1° ne doit pas avoir pour effet de soustraire l'ensemble d'un secteur économique au régime de l'économie de marché. Si tel est le cas, la Commission estime que la situation de non-concurrence a pour cause déterminante l'intervention du législateur et de l'Administration et que les articles 59 bis et suivants de l'ordonnance de 1945 sont inapplica-

bles (30). Il convient donc de distinguer soigneusement ces deux situations : si l'entrave à la concurrence est imputable à une entente qui résulte, elle-même, d'un texte législatif ou réglementaire, l'article 59 ter-1° est effectivement applicable ; si l'entrave à la concurrence est directement imputable à la réglementation, qui soustrait la totalité du secteur en cause au régime de l'économie de marché, ni l'article 59 bis ni l'article 59 ter ne peuvent s'appliquer. Le rapport pour 1973, précisant et confirmant cette jurisprudence, affirme que

« le bénéfice de l'article 59 ter-1° ne pourra donc être accordé que dans la zone étroite où une réglementation s'impose à un secteur économique de façon précise et directe, sans pour autant placer ce secteur dans son ensemble en dehors du régime de liberté » (31).

## B. — MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE :

470. — La mise en œuvre du principe soulève de nombreuses difficultés (32). La Commission devra, dans chaque cas d'espèce, analyser le contenu et le domaine de la réglementation en vigueur afin de savoir si les professionnels conservent une certaine liberté de décision. Elle a ainsi jugé qu'en dépit de leur caractère très contraignant, les réglementations applicables à l'O.R.T.F. et dans le secteur de l'industrie pétrolière ne privaient pas les entreprises de tout pouvoir de décision et pouvaient donc être invoquées au titre de l'article 59 ter-1° (33). Elle a estimé, en revanche, que le secteur des « Vins de Champagne » était « totalement administré » (34) et a décliné sa compétence. Or, l'affaire des « Vins doux naturels » (35), très voisine, a abouti à une décision différente : en l'espèce, en effet, les professionnels disposaient d'une certaine liberté d'action mise à profit pour aggraver la réglementation existante ; ils avaient, notamment, tenté de mettre en œuvre des règles qui figuraient dans un projet de texte réglementaire non adopté par l'autorité compétente et qui avaient pour effet d'accroître les restrictions de concurrence. Il était, dès lors, difficile de soutenir que l'entrave à la concurrence était totalement imputable à la réglementation en vigueur qui les aurait soustraits au régime de liberté ; l'entente ne pouvait donc échapper à l'application du droit des ententes.

Il reste que la distinction entre les diverses sortes de réglementations est difficile à cerner et que la différence de traitement des ententes par la Commission peut sans doute s'expliquer également par des considérations d'opportunité économique.

---

(30) Rapport pour 1956, p. 18 ; avis « Vins de champagne », du 19 déc. 1969.

(31) Rapport pour 1973, p. 2603.

(32) Supra, n° 355 et s.

(33) Avis « Films cinématographiques à la télévision », du 22 nov. 1968 ; 1er avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(34) Avis « Vins de Champagne », du 19 déc. 1969.

(35) Avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976



## § 2. — Réglementation ayant pour objet l'organisation partielle d'un secteur économique

471. — Seule une réglementation restrictive laissant subsister une certaine liberté peut être invoquée au titre de l'article 59 ter-1°. La question est, alors, de savoir si toute réglementation répondant à cette exigence entre dans le champ d'application de ce texte. La réponse de principe, apportée en 1962 seulement, est que l'entente doit se fonder sur un texte ayant pour objet une organisation assimilable à des pratiques d'entente. La mise en œuvre du principe ne va pas, toutefois, sans difficultés.

### A. — PRINCIPE POSE PAR LA COMMISSION : LE TEXTE INVOQUE DOIT AVOIR POUR OBJET UNE ORGANISATION DU MARCHÉ ASSIMILABLE À DES PRATIQUES D'ENTENTE

472. — Déterminer le champ d'application de l'article 59 ter-1° a posé des problèmes à la Commission. Elle a dû prendre nettement position à propos de l'affaire « Fil mousse de nylon » (36) en 1962. Le bénéfice de l'exonération légale était revendiqué par les membres de l'entente, formée exclusivement entre titulaires ou concessionnaires des mêmes droits de propriété industrielle. Ils soutenaient que l'entente constituait « l'exercice normal » de ces droits et devait, en conséquence, être considérée comme « résultant », au sens de l'article 59 ter-1°, des lois de 1884 sur les brevets et de 1857 sur les marques.

Cette argumentation a été rejetée, la Commission estimant que les réglementations invoquées étaient totalement étrangères aux règles de concurrence édictées par les articles 59 bis et suivants :

« une entente ne saurait « résulter » de textes législatifs ou réglementaires auxquels la notion même d'entente est étrangère et qui n'ont notamment ni pour objet ni pour effet de susciter une structure ou une organisation particulière de la production, de la distribution ou des débouchés dans une branche déterminée ».

L'entente doit, en effet, « résulter » du texte invoqué. Or, une réglementation protectrice, accordant à son titulaire un monopole d'exploitation, le protège contre la concurrence des tiers mais ne l'oblige pas à s'organiser en entente avec d'autres entreprises, les licenciés par exemple. Par suite, même si les clauses contractuelles découlant légalement de l'existence de brevets ou de marques sont susceptibles de limiter le libre jeu de la concurrence, une entente formée entre titulaires, licenciés et sous-licenciés de brevets et de

---

(36) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

marques ne constitue pas, en elle-même, une entente réglementée au sens de l'article 59 ter-1° (37).

473. — La question est, alors, de savoir quelles sortes de réglementations restrictives entrent dans le champ d'application de l'article 59 ter. Le rapport pour les années 1960 à 1962 pose en principe

« qu'un texte législatif ou réglementaire ne peut être utilement invoqué pour demander le bénéfice de l'article 59 ter - 1° *qu'à la condition que ce texte ait pour objet, ou à tout le moins pour effet direct, une organisation de la production ou du marché assimilable à des pratiques d'entente* » (38).

## B. — MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE

474. — La mise en œuvre du principe posé en 1962 soulève des difficultés comme en témoigne l'affaire « Procirep » examinée par la Commission en 1975 (39). Les membres de l'entente soutenaient que la société Procirep constituait une société de répertoire, au sens de l'article 43 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, et que cette disposition répondait bien à l'exigence posée en 1962. Cette loi autorise, en effet, le regroupement d'auteurs au sein d'un organisme professionnel compétent pour conclure un contrat général de représentation avec un entrepreneur de spectacles.

L'avis a estimé que l'entente n'était pas fondée à se prévaloir de cet article (40), tout en réservant expressément la question embarrassante de savoir dans quelle mesure les activités d'une société qui apparaîtrait vraiment comme une société de répertoire au sens du

---

(37) L'avis précise qu'aucune convention, fut-elle fondée sur les droits de propriété industrielle ou sur le droit de propriété en général ne peut déroger à l'application de dispositions d'ordre public telles que la réglementation de la concurrence ; la seule possibilité de justification d'une entente fondée sur des droits de propriété industrielle réside dans la participation au progrès économique (infra, n° 496 et s.).

(38) Rapport pour 1960 à 1962, p. 14.

(39) Avis « Procirep », du 25 avr. 1975.

(40) La Commission a rejeté l'argumentation de la société Procirep en vertu du raisonnement suivant : l'article 43 de la loi du 11 mars 1957 définit le contrat général de représentation comme « le contrat par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures constituant le répertoire dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit » ; en vertu de l'article 5 de ses statuts, la société Procirep se proposait effectivement de conclure un contrat général de représentation, au sens de l'article 43 précité, en vertu duquel elle aurait été mandataire de ses adhérents dans leurs rapports avec l'Office ; or, elle n'a pu réaliser cet objectif, faute de l'accord de l'O.R.T.F. ; la Commission a ainsi pu décider que le « régime transitoire » institué par la société (obligation pour les associés de soumettre à l'autorisation préalable de la commission exécutive de la société tous les projets d'accords qu'ils envisageaient de passer avec l'O.R.T.F. pour la cession des droits de représentation de films) *n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 43 de la loi du 11 mars 1957.*

texte précité pourraient être couvertes par le 1<sup>o</sup> de l'article 59 ter. Le rapport pour 1975 conclut :

« ceci paraît cependant impliquer que la Commission n'exclut pas systématiquement que des pratiques anticoncurrentielles puissent trouver une base légale dans ce texte et entrer, à ce titre, dans le champ d'application de l'article 59 ter - 1<sup>o</sup> » (41).

Le problème reste donc en suspens. On constate, par là, la difficulté de préciser le domaine exact de l'article 59 ter - 1<sup>o</sup> quant aux textes susceptibles d'être invoqués par les ententes.



475. — Les observations précédentes font apparaître l'étroitesse du champ d'application de l'article 59 ter-1<sup>o</sup>. Une double condition apparaît à travers l'étude des avis. La première est négative : la réglementation ne doit pas avoir pour objet de soustraire la totalité d'un secteur au régime de liberté. La seconde est positive : cette réglementation doit avoir pour objet, ou pour effet, une organisation du marché assimilable à des pratiques d'entente. L'application de ces deux conditions soulève d'autant plus de problèmes que l'Administration est intervenue fréquemment dans la vie économique d'une manière pas toujours conforme aux principes d'une saine économie (42). Il peut être malaisé de distinguer nettement entre les réglementations qui, plaçant un secteur dans son ensemble en dehors du régime de l'économie de marché, échappent *ipso facto* à l'application des règles de concurrence et celles qui laissent subsister une certaine liberté. Une nouvelle distinction délicate doit être établie entre ces dernières : seules entrent dans le champ d'application de l'article 59 ter-1<sup>o</sup> celles qui suscitent une organisation ou une structure particulière de la production ou de la distribution, c'est-à-dire qui autorisent, ou même nécessitent, le regroupement des entreprises. A travers ces diverses exigences on perçoit déjà le désir de la Commission de limiter l'application de cette justification.

---

(41) Rapport pour 1975, p. 999.

(42) Cf. l'avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976.

## CHAPITRE II

### DEUXIEME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 ter - 1°

#### IMPUTABILITE DE L'ENTENTE AU TEXTE INVOQUE

476. — Aux termes de l'article 59 ter-1°, l'entente anticoncurrentielle qui « *résulte* » d'un texte législatif ou réglementaire ne tombe pas sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis. Elle est, en effet, imputable au texte invoqué sans lequel elle n'aurait pas été constituée. La justification est donc fondée sur le fait que la constitution d'une entente apportant une entrave à la concurrence a été en quelque sorte imposée par l'autorité publique.

Il convient, dès lors, de rechercher ce que recouvre la notion d'imputabilité de l'entente au texte justificatif. L'observation des avis, peu nombreux, qui traitent de ce problème fait apparaître une double condition. La première tient à la réalité de l'imputabilité et se traduit par l'exigence d'un lien de causalité entre l'entente et le texte invoqué (Section 1). La Commission va, cependant, au-delà en subordonnant l'exonération de l'entente à une certaine qualité de l'imputabilité qui se manifeste par l'exigence d'une adéquation entre l'entrave, due à l'entente, et le texte invoqué (Section 2).



## SECTION 1

EXIGENCE D'UN LIEN DE CAUSALITE ENTRE  
L'ENTENTE ET LE TEXTE INVOQUE

477. — Il ne suffit pas à une entente d'invoquer un texte législatif ou réglementaire entrant dans le champ d'application de l'article 59 ter-1° (1) pour être automatiquement exonérée. La Commission exige qu'il existe, entre ce texte et l'organisation professionnelle, un lien de causalité (§ 1). Ce lien de causalité doit présenter certains caractères particuliers (§ 2).

## § 1. — Existence du lien de causalité

478. — L'avis relatif aux « Fabricants d'explosifs industriels » (2) constitue le cas unique d'application de l'article 59 ter-1°. En dépit de sa réticence, la Commission a estimé que l'entente résultait du texte invoqué et l'a relevée de la prohibition édictée à l'article 59 bis. C'est le seul avis permettant de préciser les conditions d'existence du lien de causalité entre une entente illicite et une réglementation restrictive de la concurrence ; il est donc intéressant de l'analyser afin de savoir dans quel type de situation le bénéfice de l'exonération légale peut être accordé.

479. — L'entente était constituée, en l'espèce, entre toutes les entreprises privées de la branche et avait pour support juridique le « Syndicat des fabricants d'explosifs et de produits accessoires » ; ce dernier diffusait auprès de ses adhérents des tarifs et conditions de vente uniformes, d'ailleurs appliqués avec discipline ; des remises cartellisées étaient accordées ; la part relative de chaque entreprise était restée pratiquement constante pendant quinze ans, malgré une expansion globale qui aurait dû permettre à celle qui le désirait d'améliorer sa place sur le marché. L'ensemble de ces pratiques tombait sous le coup de l'article 59 bis et elles furent condamnées. L'entente invoqua alors pour sa défense la réglementation, tant législative que réglementaire, régissant l'activité de l'industrie des explosifs et accessoires de mines : bien que la loi du 13 fructidor an V ait accordé un monopole de fabrication au bénéfice du Service des poudres, la fabrication d'explosifs dynamités par l'industrie privée avait été expressément autorisée par la loi du 8 mars 1875 ; ce texte

---

(1) Supra, n° 454 et s.

(2) Avis « Fabricants d'explosifs industriels et d'accessoires de mine », du 27 mai 1966.

n'imposait aucune restriction quantitative ; par la suite, cependant, un arrêté en date du 27 septembre 1955 partagea par moitié le marché des explosifs industriels entre l'Etat et l'ensemble des entreprises de l'industrie privée.

480. — L'avis relève que cette parité, définie en matière de volume, n'aurait pu être réalisée sans une parité identique de prix entre les produits du secteur public et du secteur privé : c'était, en effet, le seul moyen d'éviter un glissement de la demande, au profit des produits les moins chers, qui aurait compromis le partage résultant de l'arrêté. L'application de ces dispositions imposait l'adoption d'une politique commune de comportement par les entreprises du secteur privé :

« ces parités de production et de prix entre les secteurs public et privé exigent, pour être effectives, une discipline collective des entreprises industrielles, qui ne peuvent ainsi se livrer à la concurrence sous peine de remettre en cause l'équilibre global du système ; en conséquence, l'entente au sein des entreprises privées découle nécessairement de l'entente globale définie par l'arrêté du 27 septembre 1955 ».

L'avis insiste, en outre, sur le fait que l'arrêté avait également prévu que les explosifs fabriqués par le Service des poudres seraient encartouchés et distribués par l'industrie privée : c'était donner à cette dernière le pouvoir de fixer les prix de vente aux utilisateurs finaux des produits du Service des poudres, donc le niveau des prix auquel s'établissait la parité quantitative entre secteur public et secteur privé, et aggraver la rigidité du marché

« en donnant à l'industrie privée, par la maîtrise des prix du marché, une sorte de caution officielle pour ne pas se faire mutuellement concurrence » (3).

Apparaissant comme la *conséquence inéluctable* du régime institué par l'arrêté de 1955, l'entente était donc fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 59 ter-1°. Le texte, fondé sur les lois du 13 fructidor an V et du 8 mars 1875 qui ne prévoyaient nullement un partage du marché entre les secteurs public et privé, était illégal mais demeurait exécutoire (4) et constituait un fait justificatif suffisant.

---

(3) L'organisation du marché ainsi instituée était injustifiable sur le plan économique : en assurant la maîtrise entière de leurs prix de vente aux entreprises privées, elle garantissait, en effet, une marge de profit ayant le caractère de rente aux firmes les mieux gérées. Ces conséquences fâcheuses interdisaient donc d'envisager l'application du deuxième fait justificatif.

(4) La Commission a recommandé l'abrogation dans les meilleurs délais de l'arrêté, illégal, dont les effets étaient contraires à une saine économie ; le rapport pour 1963 à 1966 précise d'ailleurs que « l'absolution prononcée dans ces conditions à l'égard de l'entente implique quelque critique de l'Administration intéressée » (p.5) ; une loi du 3 juil. 1970 a réformé le régime des poudres et des substances explosives mais une situation concurrentielle n'a pu être rétablie ainsi qu'en témoigne l'avis rendu par la Commission de la concurrence le 11 janvier 1979 (B.O.S.P. du 20 avr. 1979, p. 115 et s.).

## § 2. — Caractères du lien de causalité

481. — On peut se demander si un lien de causalité quelconque suffit à justifier l'entente anticoncurrentielle qui s'en prévaut. La question s'est posée plusieurs fois à la Commission qui a dû se prononcer sur le caractère partiel ou exclusif, direct ou indirect du lien de causalité requis pour l'application de l'article 59 ter-1°.

### A. — CARACTERE PARTIEL OU EXCLUSIF DU LIEN DE CAUSALITE

482. — La question de savoir si le lien de causalité entre l'entente et le texte invoqué doit être exclusif ou peut être simplement partiel a été tranchée par l'affaire « Conserverie des champignons de couche » (5). L'entente résultait, en l'espèce, d'un « protocole d'accord », conclu le 10 décembre 1964 entre la majorité des entreprises de conserverie, qui limitait la concurrence en interdisant aux signataires de vendre au-dessous d'un prix-plancher. Elle était donc illicite au regard de l'article 59 bis mais invoquait, pour sa défense, « les contraintes économiques » résultant de l'obligation où se trouvaient les entreprises d'acheter leurs matières premières sur un marché organisé et à des prix homologués, en application de la loi d'orientation agricole du 5 août 1960. De fait, l'avis relève que, sur la base de cette loi d'orientation, un accord est intervenu en 1963 entre conserveurs et producteurs de produits frais ; qu'un avenant à cet accord, homologué par arrêté du ministre de l'Agriculture en date du 25 mars 1968, limitait la production des champignons frais et en conserve sur la base de quotas assignés aux conserveurs qui devaient payer une taxe parafiscale en cas de dépassement. Cette organisation du marché a été très vivement critiquée par la Commission ; l'avis déclare, cependant :

« à supposer que cette organisation leur permette de ne pas utiliser présentement le protocole de 1964, elle résulte directement de l'application des dispositions réglementaires qui la font bénéficier de l'article 59 ter-1° ; mais que son éventuelle légalité ne saurait pour autant rendre licite ledit protocole ».

483. — Le bénéfice du fait justificatif a, par conséquent, été refusé en dépit de l'existence d'un lien de causalité entre l'arrêté de 1968 et l'entente. Cette dernière ne pouvait être « rachetée » parce qu'elle résultait en réalité, et indépendamment de l'organisation instituée par voie réglementaire, d'un accord antérieur librement conclu : le protocole d'accord de 1964, illicite au regard de l'article 59 bis quoiqu'il ne soit pas appliqué. On sait, en effet, que la Commission condamne les clauses ou les pratiques anticoncurrentielles même si leur application demeure purement éventuelle (6).

(5) Avis « Conserverie des champignons de couche », du 18 oct. 1968.

(6) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; Rapport pour 1960 à 1962, p. 13 ; supra, n° 405 et s.

Cet avis démontre qu'il ne suffit pas que l'entente résulte d'un texte législatif ou réglementaire pour bénéficier de l'exonération. Encore faut-il qu'elle ne résulte que du texte invoqué. Le lien de causalité entre ce texte et l'entente doit donc être exclusif pour que l'article 59 ter-1° puisse jouer.

## B. — CARACTERE DIRECT OU INDIRECT DU LIEN DE CAUSALITE

484. — Bien que la jurisprudence relative à l'application de la première disposition de l'article 59 ter-1° soit très peu abondante, deux affaires permettent de résoudre le problème de savoir si le lien de causalité entre l'entente et le texte doit être direct ou peut être indirect.

La Commission a refusé de faire jouer l'article 59 ter-1° au bénéfice des ententes « Armateurs et transitaires » et « Industrie du sel » (7). Ce refus peut surprendre, au premier abord, dans la mesure où les textes invoqués semblent bien entrer dans le champ d'application de l'article 59 ter-1° (8). Dans le premier avis évoqué, les participants invoquaient, en effet, l'article 9 de la loi du 28 février 1948 portant organisation de la marine marchande qui avait prévu et autorisé la conclusion « d'accords de trafic » entre armateurs. En vertu du principe d'interprétation stricte de l'article 59 ter, la Commission a cependant refusé l'exonération au motif que le texte visait les accords de trafic conclus exclusivement entre des armateurs et ne pouvait justifier, comme c'était le cas, un accord entre des armateurs et des transitaires.

Dans la seconde affaire, les auteurs de l'entente invoquaient une réglementation restrictive de la concurrence imposant aux producteurs de ne vendre que par l'intermédiaire de coopératives agréées (9). Or, les participants avaient constitué un organisme différent de celui prévu par la loi. L'avis déclare :

*« alors même que l'organisme créé par les quatre ententes aurait pour seul objet d'intervenir dans le sens désiré par le législateur, il ne saurait cependant être regardé comme résultant de l'application de la loi du 19 août 1950, laquelle n'a prévu qu'un autre mode d'intervention sur le marché ».*

L'absence d'un lien de causalité suffisamment direct a donc conduit à refuser le bénéfice de l'exonération légale à ces deux ententes.

(7) Avis « Armateurs et transitaires », du 21 avr. 1961 ; avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962.

(8) Supra, n° 467 et s.

(9) Il s'agit de la réglementation résultant de la loi du 19 août 1950 et du décret du 9 juillet 1951 dont l'avis déclare qu'elle « a été édictée pour favoriser, tant dans l'intérêt de la salubrité des régions côtières qu'en vue d'améliorer la subsistance des populations intéressées, le maintien d'une industrie économiquement non viable ».



485. — Ces différents exemples témoignent de la sévérité des exigences de la Commission lorsqu'il s'agit de faire bénéficier une entente de l'exonération légale. Son souci de s'en tenir à des méthodes d'interprétation stricte, qui ne se rencontrent pas dans d'autres secteurs de sa jurisprudence, manifeste une réticence profonde à appliquer l'article 59 ter-1°.

L'entente doit, en effet, « résulter » du texte. Or, l'existence d'un lien de causalité n'est reconnue que si la réglementation invoquée a pour conséquence inéluctable le regroupement des entreprises et l'adoption d'une discipline collective de comportement excluant la concurrence. Le lien de causalité doit, en outre, être exclusif et direct. Seule, la réunion de ces conditions ouvre droit au bénéfice du rachat.

## SECTION 2

### EXIGENCE D'UNE ADEQUATION ENTRE L'ENTRAVE ET LE TEXTE INVOQUE

486. — Soucieuse de limiter l'application de la première disposition de l'article 59 ter, la Commission en a interprété strictement les termes. Elle estime, en particulier, que l'existence d'un lien de causalité entre le texte invoqué et l'entente ne peut suffire à faire disparaître l'infraction si les entreprises profitent de la marge de liberté, étroite mais réelle, que leur laisse la réglementation. Le rapport pour 1973 rappelle que

« les entreprises soumises à une réglementation restrictive de la concurrence ne sauraient être admises à suivre des pratiques allant au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'application de cette réglementation » (10).

En d'autres termes, la justification définitive d'une entente résultant d'une réglementation restrictive de la concurrence suppose une parfaite adéquation entre l'entrave, due à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, et la réglementation restrictive de la concurrence.

La condition d'adéquation se traduit par l'obligation pour l'entente de se limiter aux pratiques indispensables à l'application de la réglementation. Il est donc interdit à une entente résultant d'une réglementation restrictive de se livrer à des actions complémentaires

---

(10) Rapport pour 1973, p. 2605.

à cette réglementation. Tel est le principe posé par l'avis « Meunerie parisienne » (11), en 1959 (§ 1) ; cet avis semblait, cependant, admettre une exception dans certaines circonstances (§ 2).

## § 1. — Interdiction de principe des actions complémentaires à la réglementation invoquée

487. — Dès les années 1958 et 1959, la Commission s'est prononcée en faveur de l'interprétation restrictive des termes de l'article 59 ter-1°. L'entente ne peut, en effet, invoquer à ce titre qu'une réglementation qui n'est souvent pas « bonne » aux yeux de la Commission. Il en résulte que cette réglementation elle-même doit être interprétée de façon stricte, et que les actions non indispensables à son application sont interdites.

### A. — CONTENU DU PRINCIPE POSE PAR LA COMMISSION

488. — En 1958, la Commission fut saisie de plusieurs affaires à propos desquelles le fait justificatif tiré de l'article 59 ter-1° était invoqué. Dans deux des hypothèses, la prétention de l'entente fut rejetée au motif qu'elle ne se fondait pas sur un texte entrant dans le champ d'application de l'article 59 ter (12). La troisième affaire soulevait un problème plus délicat dans la mesure où l'entente était effectivement liée à une réglementation restrictive de la concurrence (13) : le régime institué dans l'industrie de la meunerie avait pour objet, devant l'excédent considérable du potentiel de production, d'assurer un fonctionnement partiel de tous les éléments existant, notamment par la fixation de contingents et de droits professionnels (14) ; la réglementation prévoyant ce régime de répartition et de contingentement avait été plusieurs fois remaniée. Durant la guerre, un organisme particulier dénommé « Groupement de répartition des farines » fut constitué : une société, l'Union meunière, créée en 1940, était, par ailleurs, chargée d'assurer les encaissements». A la fin de la période de pénurie, en 1949, le Groupement de répartition des farines fut supprimé ; mais les meuniers de la région parisienne conclurent, indépendamment de la réglementation, des accords en vue de créer une organisation professionnelle dont les

(11) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959.

(12) Supra, n° 454 et s. ; avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.

(13) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959.

(14) Le rapport au décret du 17 juin 1938 (J.O. L.D. 1938, p. 7307) précise que « l'accroissement de la puissance d'écrasement étant hors de proportions avec les possibilités d'écoulement des produits... l'âpre concurrence qui en est résultée a pour effet de peser lourdement sur le marché des farines et sur celui du blé ».

instruments furent l'Union meunière, ainsi qu'une nouvelle société constituée en 1949 (Société interfarine) chargée d'assurer la distribution des commandes. L'entente utilisait donc un organisme, créé pendant la guerre pour l'application des mesures de rationnement, et qui n'avait plus de raisons d'être (15). Les accords de répartition de la production ainsi que la pratique des prix uniformes étaient condamnables mais les professionnels s'estimaient justifiés par la réglementation régissant l'industrie meunière.

Confrontée à ce problème, la Commission a posé en principe l'interdiction des actions complémentaires à une réglementation restrictive de la concurrence :

« l'existence de cette réglementation n'était pas de nature à justifier l'action complémentaire de l'entente, car la réglementation d'une profession dérogeant au principe de la libre concurrence doit être appliquée sans extension ; instituée pour répondre à des circonstances particulières dont la puissance publique est seule juge, elle comporte en elle-même son étendue et ses limites » (16).

Or, l'entente avait réduit les éléments concurrentiels que laissait subsister la réglementation en vigueur. Le bénéfice du fait justificatif lui a donc été refusé.

489. — L'interdiction des actions complémentaires a plusieurs fois conduit la Commission à refuser d'exonérer certaines ententes. L'affaire de la « Semoulerie » (17) en témoigne. Les semouliers invoquaient à leur décharge une réglementation restrictive de la concurrence, fondée sur un système rigide de droits au travail, qui laissait, cependant, libre le marché des droits de mouture : ceux-ci pouvaient, en effet, être cédés en toute propriété de semoulier à semoulier ou donnés en location ; après avoir constaté que l'entente avait faussé ce marché, l'avis a jugé qu'elle ne pouvait

« se prévaloir de cette disposition (59 *ter* - 1<sup>o</sup>) puisque son action a eu, au contraire, pour effet de réduire ou de supprimer les éléments concurrentiels qu'avait laissé subsister la réglementation ».

L'admission au bénéfice de l'exonération est donc subordonnée au maintien des éléments concurrentiels que laisse subsister la réglementation et les professionnels doivent mettre en œuvre les seules pratiques strictement nécessaires à l'application du texte. Par suite, une entente soumise à une réglementation restrictive ne saurait être justifiée, au regard de l'article 59 *ter*-1<sup>o</sup>, lorsque son but était de faire appliquer des règles figurant dans un projet de texte règle-

(15) R. PRIEUR, Ententes et positions dominantes industrielles et commerciales, J.-Cl. Sociétés, n° 111.

(16) Rapport pour 1958 et 1959, p. 306.

(17) Avis « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964.

mentaire non adopté par l'autorité compétente, ce qui aboutissait à

« ajouter de nouvelles restrictions de la concurrence à celles qu'impliquait la réglementation en vigueur, laquelle était, d'ailleurs, suffisante pour assurer aux producteurs une régulation suffisante du marché » (18).

*A fortiori*, un texte disposant que « les tarifs pratiqués par les entreprises... doivent leur permettre de réaliser l'équilibre financier de leur exploitation, compte tenu de leurs dépenses et charges » ne suffit pas à autoriser ces entreprises à se concerter pour établir une tarification de référence et à pratiquer des hausses de prix (19).

## B. — MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE PAR LA COMMISSION

490. — L'exigence d'une adéquation entre l'entrave et le texte invoqué par l'entente conduit à rechercher dans chaque affaire quelles sortes de pratiques ont été suivies et quel est le contenu de la réglementation applicable. Cette comparaison doit permettre de qualifier l'action de l'entente. Il sera parfois extrêmement délicat de faire le départ entre les pratiques découlant nécessairement de la réglementation invoquée et celles qui résultent d'une initiative propre de l'entente. A cet égard, il convient de distinguer selon que les pratiques restrictives suivies sont ou non précisées par le texte.

### 1°) LES MOYENS D'ACTION NE SONT PAS PRÉCISÉS PAR LE TEXTE INVOQUÉ

491. — Il semble que la mise en œuvre de pratiques restrictives non prévues par la réglementation constitue un critère de l'action complémentaire. L'avis rendu à propos de l'affaire de l'O.R.T.F. (20) est particulièrement intéressant par les précisions qu'il apporte, bien qu'il ne traite pas des ententes mais de l'abus éventuel de position dominante. Un litige opposait, en l'espèce, la fédération nationale des cinémas français à l'O.R.T.F. La fédération reprochait, en effet, à l'Office de profiter de sa position dominante pour louer ou acheter à bas prix des droits de diffusion des films cinématographiques et faire passer à l'antenne un nombre de films trop élevé (21). Elle

(18) Avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976 ; Rapport pour 1976, p. 984.

(19) Avis « Transports de marchandises, secteur transports routiers spécialisés », du 26 avr. 1976 ; Rapport pour 1976, loc. cit.

(20) Avis « Films cinématographiques » à la télévision », du 23 nov. 1968.

(21) Le problème des rapports entre cinéma et télévision est loin d'avoir été résolu par la réforme opérée par la loi n° 74-696 du 7 août 1974 (J.O. L.D., 1974, p. 8355) : en vertu de cette réforme coexistent désormais plusieurs organismes : un établissement public de diffusion qui conserve le monopole, trois sociétés nationales de programme, et une société de production, soumise au statut des sociétés anonymes et appelée à entrer en concurrence avec d'autres sociétés ; la loi suscita de nombreuses réactions de méfiance, voire de violentes protestations dans le milieu du cinéma (« Le Monde », 13-14 oct. 1974) ; les pouvoirs publics ont consulté à ce propos la Commission de la concurrence (« Le Monde », 25 mai 1979, p. 17).



prétendait que l'Office dépassait ainsi le cadre strict du monopole résultant de la loi et se livrait à une concurrence illicite. La Commission devait donc apprécier le comportement de l'Office dans le domaine précis de la location et de la diffusion des films du commerce et répondre, en particulier, à la question de savoir si ces activités pouvaient être regardées comme résultant d'un texte législatif ou réglementaire, et justifiées (22).

Pour répondre, la Commission a procédé à une analyse du contenu des dispositions légales : il s'agissait de l'article 1er de l'ordonnance du 4 février 1959, d'une part, qui précisait l'objet du service public (23), et de l'article 1er de la loi du 27 juin 1964, d'autre part, qui indiquait la « consistance » du monopole : la radio-télévision française a seule qualité pour diffuser ses programmes afin de remplir sa mission de service public. La Commission a donc estimé

« que ces dispositions légales ne comportent aucune *obligation de moyen* et que, si elles habilitent l'office à comprendre dans ses programmes la diffusion de films, et si, en l'état actuel des choses, il ne peut se dispenser d'y recourir, l'appréciation de la place que ce procédé de culture et de distraction du public occupe dans ses programmes *résulte cependant du libre choix de l'Office* ».

492. — Cette jurisprudence appelle quelques observations. La notion d'obligation de moyen à laquelle se réfère la Commission doit être entendue dans le sens d'obligation de recourir à certains moyens précis nécessités par l'application de la réglementation restrictive invoquée à titre de justification. La nécessité invoquée ne peut d'ailleurs être que juridique et non économique ; c'est dire qu'une pratique restrictive ne peut être regardée comme « résultant » d'un texte législatif ou réglementaire que si elle est expressément précisée par le texte (24). Il convient de souligner que toute pratique résultant d'une initiative propre des professionnels n'est pas, *ipso facto*, condamnable. La prohibition vise seulement celles qui ont pour objet ou pour effet d'ajouter de nouvelles restrictions de concurrence à celles qui découlent de l'application de la réglementation.

(22) Des questions étaient posées par la Cour d'appel de Paris dont la décision définitive est intervenue le 29 févr. 1972 ; cf. également Tb. Com. Seine 8 mars 1965, J.C.P. 1965. 14208, note LYON-CAEN ; Rev. dr. com. 1965, p. 845.

(23) A savoir la satisfaction des besoins d'information, de culture, d'éducation et de distraction du public.

(24) Il faut citer, dans le même sens, un avis déjà ancien qui adoptait la même position, de façon moins nette cependant : les fabricants de demi-produits en métaux cuivreux invoquaient, en effet, l'article 59 ter-1° car cette industrie était tributaire de ses approvisionnements en provenance de l'étranger et un groupement d'importation avait confié à la chambre syndicale une mission de répartition, assurée sous l'autorité du ministère de l'industrie, sur la base de quotas ; l'avis a jugé que les conditions de l'article 59 ter-1° n'étaient pas remplies car « si les quotas peuvent constituer une modalité commode de répartition, ils n'en sont pas une base obligée » (1er avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958).

## 2°) LES MOYENS D'ACTION SONT PRÉCISÉS PAR LE TEXTE INVOQUÉ

493. — Lorsque le texte invoqué à titre de justification précise les pratiques nécessaires à son application, il semble que le problème des actions complémentaires interdites ne se pose pas. L'entente peut, cependant, aggraver les effets de la réglementation en faisant preuve de rigidité dans la mise en œuvre de ces pratiques.

L'affaire des pétroliers, en 1973 (25), constitue un exemple intéressant. L'entente se réclamait de la loi du 30 mars 1928 qui confère au gouvernement le pouvoir de délivrer des autorisations d'importation, de raffinage et de mise à la consommation des produits pétroliers. Ces autorisations portent sur des volumes maxima. L'avis a estimé qu'ils n'avaient donc pas de valeur impérative et que leur comparaison aurait dû normalement permettre « d'interpréter la volonté du gouvernement quant à la répartition du marché ». Les volumes étaient d'ailleurs calculés avec une marge telle que chaque compagnie puisse accroître sa propre part :

« ainsi le système aurait-il pu justifier, au regard de l'article 59 ter-1° des quotas indicatifs établis par les entreprises, mais non des quotas rigides assortis de mécanismes de pénalisation ».

De même, la Commission a jugé que, lorsqu'un choix est laissé aux clients publics ou privés quant à leur fournisseur,

« toute pratique qui tend à supprimer cette possibilité de choix et à imposer aux clients un fournisseur préalablement désigné doit être proscrite » (26).

Aucun texte législatif ou réglementaire ne saurait donc justifier des pratiques de répartition des marchés telles que celles des « tables » suivies par les compagnies pétrolières.

## § 2. — Admission exceptionnelle des actions complémentaires

494. — Le principe posé à propos de l'affaire « meunerie », en vertu duquel il n'existe pas de justification aux actions d'une entente complémentaires à une réglementation, a immédiatement été accompagné d'une exception par la Commission :

« il pourrait être dérogé exceptionnellement à cette règle dans l'hypothèse où l'initiative des professionnels viendrait utilement compléter une réglementation économiquement saine, dès lors qu'elle s'exercerait dans le même sens que cette réglementation ».

---

(25) 1er avis « Distribution des produits pétroliers », du 9 févr. 1973.

(26) Ibidem.

Cette prise de position présente selon le rapport (27) un « caractère constructif et hardi ». Elle a un caractère constructif, dans la mesure où elle permet aux professionnels en entente d'agir en complémentarité avec une réglementation, qui, par définition, ne peut avoir envisagé toutes les actions possibles. Cela permet de ne pas freiner l'esprit d'initiative des entreprises. Elle a, également, un caractère hardi en ce que la Commission se reconnaît ainsi le pouvoir et le droit d'apprécier si une réglementation est « économiquement saine » (28). Elle n'a malheureusement jamais fait une telle constatation mais, bien au contraire, a souvent eu l'occasion de relever le caractère nocif des réglementations anticoncurrentielles invoquées par les ententes.

495. — Le principe de cette exception reste posé. Deux conditions sont exigées. L'une est relative à la réglementation qui doit être « économiquement saine » ; l'autre tient à l'action de l'entente qui doit, d'une part, être un « complément utile » de la réglementation, et, d'autre part, s'exercer dans le même sens. Mais la Commission n'a jamais eu à appliquer l'exception envisagée en 1958 (29) ; compte tenu de sa réticence à appliquer l'article 59 ter-1°, on peut estimer peu vraisemblable qu'elle en fasse jamais application. On reconnaît là, toutefois, le style de la Commission perpétuellement soucieuse de ne pas se lier par des règles trop contraignantes et de se réserver la possibilité d'adopter éventuellement la solution la plus conforme aux intérêts de l'économie générale.

---

(27) Rapport pour 1958, p. 306.

(28) La Commission de la concurrence sera appelée à porter une appréciation de cette nature lorsqu'elle sera consultée, en application des articles 1er de la loi du 19 juil. 1977 et 8-1° du décret du 25 oct. 1977, sur l'opportunité d'un projet de texte comportant des implications sur le jeu de la concurrence.

(29) On peut relever, tout au plus, le raisonnement *a contrario* de l'avis « Vins doux naturels » (24 sept 1976) : au moment de censurer les pratiques qui allaient au-delà du texte, la Commission relevait, en effet, que celui-ci assurait « une régulation suffisante du marché » ; supra, n° 361 et s.

## TITRE II

---

### LE « RACHAT » PREVU PAR L'ARTICLE 59 ter-2° DEVENU L'ARTICLE 51-2°

## Ententes contribuant au progrès économique

496. — La finalité des règles de concurrence consiste à permettre le développement du progrès économique considéré, lui-même, comme condition du progrès social « par une meilleure répartition des revenus et des pouvoirs » (1). La réglementation française de la concurrence a, donc, pour objectif « une meilleure adéquation de la production aux besoins... une utilisation mieux adaptée et plus économe de nos ressources, en un mot... une satisfaction plus réelle des consommateurs » (2). Il peut arriver que l'entente constitue un moyen de parvenir à ce résultat plus sûrement ou plus rapidement qu'une situation concurrentielle. Elle sera, dès lors, préférée et les pratiques restrictives qu'elle comporte justifiées, le plus souvent à titre temporaire (3).

---

(1) Communication de M. VILLAIN, Directeur général de la concurrence et des prix, au colloque de l'E.S.S.E.C. des 28 et 29 juin 1976 : La concurrence dans les économies occidentales.

(2) Allocution de Mme SCRIVENER, secrétaire d'Etat à la Consommation à l'ouverture du colloque de l'E.S.S.E.C., précité.

(3) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 345 ; avis « Tergal », du 19 oct. 1963 ; avis « Semoulerie », du 30 sept. 1966.



Dans ce but, l'article 59 ter-2° de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée dispose :

« ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 bis les actions concertées, conventions ou ententes.. dans la mesure où leurs auteurs peuvent en justifier, lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité » (4).

497. — CONDITIONS DE RECEVABILITE DES JUSTIFICATIONS DE L'ENTENTE. Du texte, la Commission a, en premier lieu, dégagé des conditions de recevabilité des justifications de l'entente. Aux termes de la deuxième disposition de l'article 59 ter, l'exonération bénéficie, en effet, aux seules ententes dont les auteurs peuvent « justifier » qu'elles ont eu pour effet d'assurer le développement du progrès économique. La Commission n'a, donc, pas à procéder à la recherche des avantages éventuels de l'entente. La charge de cette preuve pèse sur les participants eux-mêmes. La question s'est alors posée de savoir si l'on ne devait pas aller au-delà de ce principe simple dans l'hypothèse, en particulier, où les professionnels ont nié l'existence de toute concertation entre eux. On aurait pu, en effet, concevoir, dans le cas où la Commission procède à la qualification d'entente illicite, que les membres restent recevables à proposer des justifications permettant d'obtenir le bénéfice de l'article 59 ter. La Commission ne l'a pas admis : dès 1956, elle a tiré une conséquence importante de la règle en vertu de laquelle la charge de la preuve incombe aux adhérents :

« l'appréciation des justifications fournies au titre de l'article 59 ter suppose que les intéressés apportent ces justifications, donc qu'ils admettent l'existence même de l'entente. Si au contraire les professionnels nient l'existence de l'entente (et si celle-ci est reconnue par la Commission) ils se privent de la possibilité de revendiquer le bénéfice de l'article 59 ter » (5).

La recevabilité des justifications proposées au titre de l'article 59 ter-2° est, donc, subordonnée à la double condition que les membres de l'entente en apportent eux-mêmes la preuve (I) et qu'ils reconnaissent l'existence de leur concertation (II).

I. — *Les auteurs de l'entente doivent apporter eux-mêmes les justifications de leur action*

498. — Le principe, en vertu duquel la charge de la preuve des résultats bénéfiques de l'entente pèse sur ses auteurs, résulte des

(4) La rédaction initiale, antérieure à la réforme opérée par l'ordonnance n° 67-835 du 28 sept. 1967, était légèrement différente : l'exonération s'appliquait aux ententes ayant « pour effet d'améliorer et d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation » ; la nouvelle rédaction est plus générale.

(5) Rapport pour 1956, p. 18.

termes mêmes du texte ; il vise, en effet, les ententes « dont les auteurs *peuvent justifier...* » qu'elles ont contribué au progrès économique. En examinant l'application de cette règle par la Commission, nous constatons une double orientation : l'une est marquée par la sévérité à l'égard de certaines ententes ; l'autre, qui tend à s'éloigner de la lettre du texte, est, au contraire, plus favorable.

499. — 1<sup>o</sup>) Il semble, tout d'abord, que certaines ententes ne peuvent, par leur nature même, faire la preuve d'une contribution au progrès économique. Ce sont les « mauvaises ententes » caractérisées, dont l'unique objet est de procurer à leurs membres des avantages ne résultant pas du jeu normal du marché (6). Certaines ententes de répartition des marchés publics paraissent plus particulièrement visées. L'avis relatif à l'affaire du Mirail déclare ainsi que les entreprises en cause

« ne justifient, et d'ailleurs, s'agissant de pratiques ayant pour objet de fausser le jeu de la concurrence à l'occasion d'un marché déterminé, *ne sauraient justifier* ni d'un avantage procuré par l'entente au maître de l'ouvrage, amené au contraire à payer un prix plus élevé que celui qui se serait normalement fixé, ni d'un avantage quelconque pour l'économie générale » (7).

D'autres avis, en revanche, montrent que la Commission ne rejette pas toujours, *a priori*, l'éventualité d'actions favorables au progrès économique entreprises par des ententes de partage des marchés publics (8).

500. — Le problème est, alors, de savoir comment concilier ces deux attitudes apparemment contradictoires. La réponse doit être recherchée dans la nature des ententes considérées. Deux éléments d'appréciation interviennent : la durée de l'entente et la gravité de l'infraction.

La durée de l'entente conduit à distinguer entre les ententes « ponctuelles » et celles qui sont relativement permanentes. Les premières, nécessairement limitées dans le temps puisqu'elles sont constituées en vue d'une opération précise, peuvent difficilement remplir les conditions qu'exige le « rachat » (9). Les secondes, qui fonctionnent pendant une certaine durée, ont donc seules la possibilité de mener une politique d'ensemble allant dans le sens du progrès économique.

(6) Rapport pour 1974, p. 1206.

(7) Avis « Université de Toulouse-Mirail », du 16 nov. 1973.

(8) Dans l'avis « Lignes électriques à haute tension », du 19 févr. 1966, la Commission a relevé des effets bénéfiques mais jugé qu'ils étaient insuffisants pour justifier les pratiques ; cf. également l'avis « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973.

(9) Avis « Construction de tours hertziennes », du 6 juil. 1976 ; *supra*, n<sup>o</sup> 213 et s.

La gravité de l'infraction est fonction à la fois du degré de l'intention délictueuse et de la qualité des auteurs. Il semble, effectivement, difficile d'admettre que des professionnels informés (10), mettant en œuvre des pratiques sciemment (11), voire ouvertement (12), contraires à la loi sans autre objectif que leur propre intérêt, puissent invoquer une participation au progrès économique (13).

La possibilité d'apporter la preuve des résultats bénéfiques de l'entente est ainsi liée tant aux buts poursuivis qu'à la durée de l'entente (14).

501.— 2<sup>o</sup>) En matière de preuve, une jurisprudence plus favorable aux ententes se manifeste depuis 1973. Sans revenir sur le principe mettant la preuve à la charge des participants, la Commission tend à prendre en considération les résultats de l'instruction (15). Le meilleur exemple de cette évolution est celui de l'avis relatif aux transporteurs scolaires :

« les transporteurs, tout en espérant que la Commission voudra bien leur reconnaître les dispositions précitées de l'article 59 ter, n'allèguent aucune raison précise d'en faire application ; *au surplus, il ne ressort pas du dossier que les pratiques en cause aient, de quelque manière que ce soit, contribué à « assurer le développement du progrès économique, notamment par l'accroissement de la productivité »* (16).

Il y a là un « glissement conscient » (17) de la part de la Commission, marquant sa volonté de ne pas s'en tenir à la lettre du texte en se contentant de l'examen des faits invoqués par les auteurs de l'entente. Le rapport pour 1974 explique cette position :

« la Commission, qui n'est pas une juridiction, conçoit plus largement son rôle et préfère fonder ses avis sur les réalités économiques plutôt que sur les seuls arguments invoqués au cours de la procédure... Ainsi, une entente qui favoriserait réellement le progrès économique ne serait pas condamnée simplement parce qu'elle s'est mal défendue » (18).

---

(10) La Commission se montre plus exigeante lorsque les pratiques sont inspirées par les dirigeants d'organisations professionnelles (Rapport pour 1975, p. 997).

(11) Avis « Université de Toulouse Mirail », du 16 nov. 1973 ; « Vins doux naturels », du 24 sep. 1976.

(12) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974.

(13) Cf. l'avis « Transports de marchandises », du 26 avr. 1976, qui, après avoir constaté que la fédération nationale diffusait des tarifs de prix de vente uniforme déguisés déclare qu'« une telle incitation de la part d'une organisation professionnelle tombe sous le coup de l'article 59 bis sans pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 59 ter ».

(14) L'absolution définitive d'une entente temporaire dont le but est jugé conforme à l'intérêt général est parfaitement possible (avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », du 21 nov. 1958).

(15) Avis « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973 (l'avis relève « qu'il résulte de l'instruction »...).

(16) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974.

(17) Entretien avec M. Cl. LASRY, Président de la Commission, le 21 juil. 1976.

502. — Organisme administratif consultatif, la Commission technique ne s'estime donc pas liée par les moyens invoqués ou non par les parties et fait preuve d'une certaine indépendance, ce qu'un tribunal ne saurait faire sans excéder les limites de sa compétence. Cette orientation, favorable aux ententes, se manifeste simultanément à celle, plus sévère, relative à la preuve de l'entente elle-même : on sait qu'en ce domaine la Commission tire une présomption quasi-irréfragable de concertation de la constatation d'actions parallèles en matière de prix (19). L'assouplissement des exigences de preuve au niveau de l'article 59 ter-2° tempère donc la sévérité au niveau de l'article 59 bis. On reconnaît, dans ce double mouvement, le souci permanent de la Commission d'éviter un formalisme juridique contraire tant à son rôle qu'à la rationalité économique.

S'agissant de la preuve des faits justificatifs, l'attention des entreprises doit être attirée par l'attitude de la Commission de la concurrence, sensiblement plus sévère que la Commission technique. Un infléchissement jurisprudentiel, fondé sur une interprétation littérale des termes de l'article 59 ter-2°, se manifeste donc et c'est désormais sur la défense que pèsera réellement la charge de la preuve des justifications économiques. Aux termes du premier rapport de la Commission de la concurrence, ces exigences nouvelles sont « la contrepartie normale de l'évolution qui, conformément aux prescriptions de la loi, porte à un plus strict respect des droits de la défense dans l'instruction des dossiers » (19 bis). Il reste à souhaiter que le respect de ces droits soit réellement assuré.

## II. — *Les auteurs de l'entente doivent avoir admis son existence*

503. — La reconnaissance de l'entente par ses membres constitue une condition impérative de recevabilité des justifications proposées au titre de l'article 59 ter. Affirmée en 1956 (20), elle a été appliquée à plusieurs reprises (21). Le rapport pour 1963 à 1966 indique qu'il s'agit d'un « préalable quasi-procédural » imposé pour des raisons de logique et de moralité :

« comment pourrait-on à la fois nier l'existence de l'entente et célébrer ses bienfaits, demande le rapport ? d'autre part, quand la Commission estime prouvé qu'une entente niée par ses dirigeants existe cependant, la mauvaise foi de ceux-ci se trouve par là-même établie et il est juste que ces derniers ne soient pas recevables à demander le bénéfice de l'article 59 ter » (22).

(18) Rapport pour 1974, p. 1207 ; les circonstances relevées d'office par la Commission elle-même doivent, bien entendu, ressortir du dossier, *infra* n° 504.

(19) *Supra*, n° 186 et s. ; cf. également les avis : « Canalisations d'Alençon », du 22 sept. 1972 ; « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972 ; « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973.

(19 bis) Rapport dactyl. de la Commission de la concurrence pour 1978, p. 37.

(20) Rapport pour 1956, p. 18.

(21) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955 ; « Fûts métalliques », du 17 mars 1956 ; « Cœurs d'aiguillages en acier », du 21 juin 1958 ; « Compteurs d'eau », du 18 mars 1966.

(22) Rapport pour 1963 à 1966, p. 5.



Cette condition va au-delà des exigences posées par l'article 59 ter. La Commission n'entend cependant pas se lier définitivement ou faire preuve d'une rigidité contraire à ses principes. Aussi ajoute-t-elle, en précisant que l'esprit de sa jurisprudence n'est pas favorable aux fins de non-recevoir de pure procédure, qu'il n'est

« pas certain qu'elle appliquerait cette règle au cas, exceptionnel sans doute et peut-être théorique, où les dirigeants d'une entente vraiment bénéfique pour l'économie générale réussiraient à la convaincre qu'ils n'avaient pas cru en avoir formé une » (23).

Le principe demeure, néanmoins, que la négation de l'existence d'une entente établie par la suite constitue une présomption de mauvaise foi. Cette position, parfaitement logique, a, en outre, un intérêt pratique considérable dans la mesure où elle pousse les industriels en cause à fournir des renseignements en l'absence desquels la Commission pourrait difficilement se prononcer (24).

504. — Certains auteurs jugent souhaitable une atténuation à ce principe (25), estimant que seuls les cas de mauvaise foi manifeste devraient priver les auteurs d'une entente du bénéfice d'un « rachat ». La Commission ne l'admet pas, mais, à partir de 1968, a déclaré que la fin de non-recevoir opposée à l'entente ne l'empêchait pas de tenir compte de tous les avantages qu'elle peut comporter pour l'appréciation des suites à donner :

« elle ne s'interdit nullement de tenir compte de tous les éléments portés à sa connaissance, tant pour se prononcer sur l'opportunité des poursuites que pour arrêter le contenu de ses recommandations » (26).

Dans l'avis « Verre creux mécanique » (27), la Commission déclare, en effet, que

« les responsables de l'entente ont cru devoir en nier l'existence tout en ne contestant d'ailleurs pas la réalité d'une concertation relative aux remises cartellisées ; que cette attitude ne leur permettrait pas d'invoquer les dispositions de l'article 59 ter et que, d'ailleurs, ils ne s'en sont pas prévalu *mais elle n'interdit pas à la Commission de faire état des éléments certains résultant des rapports qui lui sont soumis* ».

Par suite, les effets bénéfiques éventuels d'une entente contestée par ses auteurs peuvent être retenus, sinon à titre de justification,

(23) Rapport pour 1963 à 1966, op. cit., loc. cit.

(24) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 340 et s.

(25) X. de ROUX, D. VOILLEMOT et T. VASSOGNE, op. cit., p. 109.

(26) Rapport pour 1968, p. 483.

(27) 1er avis « Verre creux mécanique », du 24 avr. 1968 ; un deuxième examen de l'affaire a eu lieu le 21 mai 1976 mettant en évidence la persistance de l'entente ancienne entre les producteurs ; par ailleurs, il est apparu qu'en dépit de la décision n° 74-292/C.E.E. de la Commission de la Communauté européenne du 15 mai 1974 ordonnant la dissolution d'un organisme professionnel européen dont faisaient partie les cinq producteurs français, son application a été maintenue.

du moins comme circonstances atténuantes. La règle ainsi assouplie a d'ailleurs été appliquée ultérieurement à plusieurs reprises (28). Si la négation de l'entente ne s'oppose pas à la prise en considération des résultats positifs qu'elle a obtenus au titre des circonstances atténuantes, il convient de souligner qu'inversement l'aveu de l'entente ne constitue pas, en soi, une atténuation. Cela ressort de l'avis relatif à l'affaire du « Mirail » (29) où la Commission a recommandé, compte tenu de la gravité de l'infraction, le renvoi au parquet de toutes les entreprises, y compris celles qui avaient reconnu l'existence de l'entente, car ces dernières

« ne justifient ni d'un avantage procuré par l'entente au maître de l'ouvrage... ni d'un avantage quelconque pour l'économie générale ; ainsi le bénéfice de l'article 59 ter ne peut être admis pour aucune entreprise en cause ».

#### 505. — CONTENU DES JUSTIFICATIONS DE L'ENTENTE.

— S'il était indispensable d'envisager, en premier lieu, les conditions de recevabilité des justifications de l'entente dégagées de l'article 59 ter-2°, il convient à présent d'en définir le contenu. Le texte relève de la prohibition, édictée à l'article 59 bis, les ententes « ayant pour effet d'assurer le développement du progrès économique » (30).

Son application est donc subordonnée à une double condition : il faut, d'une part, constater un « progrès économique » dans le secteur couvert par l'entente (Sous-Titre I) et ce progrès doit, d'autre part, être imputable à l'action de celle-ci (Sous-Titre 2).

---

(28) Avis « Développement et tirage de films », du 16 janv. 1970 ; 2ème avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970.

(29) Avis « Université de Toulouse Mirail », du 16 nov. 1973.

(30) La loi du 19 juillet 1977, qui prévoit un balancement identique en matière de contrôle des concentrations, requiert dans ce domaine un progrès « économique et social » sans avoir modifié dans le même sens la rédaction du nouvel article 51.



## SOUS-TITRE I

---

### PREMIERE CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 ter-2° DEVENU L'ARTICLE 51-2°

### EXISTENCE D'UN PROGRES ECONOMIQUE

506. — L'article 59 ter-2° relève de la prohibition, édictée à l'article 59 bis, les ententes dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont contribué au « *développement du progrès économique* ».

La validation des atteintes à la libre concurrence suppose, donc, l'existence d'un « progrès économique », expression fort compréhensive qui appelle d'importantes précisions.

L'exigence d'un progrès économique a, en effet, posé de nombreux problèmes à la Commission, soucieuse de ne pas adopter une attitude systématiquement négative à l'égard d'ententes « bonnes » pour l'économie nationale (1). Le premier rapport soulignait, déjà, la difficulté de concilier les deux propositions apparemment contradictoires des articles 59 bis et ter (2) :

« la Commission a dû dégager elle-même (...) une *méthode d'appréciation* (3) propre à donner à ces textes une portée économique réelle et conforme aux intentions de leurs auteurs ».

507. — La méthode appliquée par la Commission a pour objet de révéler le progrès économique susceptible de justifier l'entente. L'observation des avis montre que, pour la Commission, l'exonération n'est concevable que si les avantages de l'entente l'emportent sur les effets négatifs. C'est pourquoi elle procède à un véritable « bilan économique » comparatif (4) considéré comme « la partie la

---

(1) Rapport pour 1974, p. 1206 et 1208.

(2) Rapport pour 1954 et 1955, p. 6.

(3) Souligné dans le rapport.

(4) Rapport pour 1954 et 1955, loc. cit. ; sur le caractère comparatif du bilan, infra Sous-Titre 2.



plus longue et la plus intéressante de l'avis» (5), grâce auquel s'effectue un « dosage » (6) de la gravité des infractions constatées par rapport aux performances invoquées.

Il convient, dès lors, d'examiner plus précisément l'établissement de ce « bilan » dont les résultats sont déterminants.

508. — ETABLISSEMENT DU BILAN ECONOMIQUE. — Le « bilan économique » s'effectue en portant les inconvénients de l'entente au passif (7) et ses performances à l'actif. A cet égard, il faut insister sur l'interprétation extensive des termes de l'article 59 ter-2°. Bien qu'il soit question, dans le texte, d'un « progrès économique », la Commission affirme avoir

« tendance à faire entrer dans ce bilan tous les avantages qui peuvent découler d'une pratique restrictive, même ceux qui ne se rapportent qu'indirectement à ce progrès » (8).

Cette étape est très importante pour l'entente qui se verra accorder ou refuser l'exonération au vu de la mesure réciproque des éléments négatifs et positifs du bilan. Le rapport pour 1963 à 1966 précise :

« un dossier chargé au titre de l'article 59 bis rendra beaucoup plus difficile l'admission au bénéfice de l'article 59 ter-2° ».

**Au contraire :**

« si les atteintes portées à la libre concurrence sont plus légères (la Commission) sera moins exigeante pour admettre le caractère justificatif de certaines conséquences bénéfiques de l'entente » (9).

Le bilan joue donc un grand rôle (10) car, même si l'exonération n'est pas accordée, les avantages pourront éventuellement être retenus au titre des circonstances atténuantes : le sort de l'entente en dépend : exemption définitive ou temporaire, condamnation de principe sans poursuite, ou renvoi au parquet.

509. — S'il est inutile de revenir longuement sur les éléments négatifs du bilan, déjà examinés (11), il est intéressant, en revan-

(5) Rapport pour 1960 à 1962, p. 14.

(6) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(7) Supra, n° 202 et s.

(8) Rapport pour 1972, p. 26.

(9) Rapport pour 1963 à 1966, p. 4.

(10) La technique du « bilan économique » a d'ailleurs été appliquée de manière prétorienne par le Conseil d'Etat, juge de la légalité des déclarations d'utilité publique (C.E. 28 mai 1971, ministre de l'Equipeement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est », Rec., p. 410, concl. BRAIBANT) ; le Conseil d'Etat retient qu'« une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

(11) Supra, n° 202 et s. ; n° 350 et s.

che, de savoir comment la Commission procède au « dosage » des effets nocifs et bénéfiques. Le rapport pour 1968 indique qu'elle tient compte d'un ensemble d'éléments tels que l'effet plus ou moins rigoureux des pratiques, les contraintes économiques qui ont provoqué la constitution de l'entente, les actions positives entreprises en faveur du progrès économique et, éventuellement, les conséquences économiques ou sociales de sa dissolution (12). D'une façon plus générale, il ressort des avis et des rapports que la Commission retient surtout pour son appréciation le degré de concurrence subsistant sur le marché, les efforts de l'entente, compte tenu de l'environnement économique, et qu'elle se prononce, parfois, en fonction de considérations d'opportunité.

510. — 1°) Le degré de concurrence subsistant dans le secteur envisagé se mesure, par rapport au degré d'entrave constaté, d'après le comportement de l'entente en tenant compte des circonstances extérieures.

511. — La Commission recherche, en premier lieu, la persistance d'une certaine concurrence entre les membres de l'entente. Ainsi met-elle à son crédit le fait que les clauses ont été appliquées avec souplesse et que « certaines entreprises (aient) réussi à conquérir une part du marché supérieure à celle qui leur était allouée » (13).

De même, lorsque l'entente a créé un comptoir de vente, la liberté d'adhérer, de se retirer, de vendre directement constituent des éléments positifs (14). L'entrave est également moins grave lorsque l'entente est limitée dans son objet (15) ou joue à l'égard d'un seul client (16).

512. — L'existence d'une concurrence parallèle constitue, en second lieu, un élément d'appréciation important.

Elle résulte, d'une part, de la présence de dissidents. A cet égard, il est positif que « l'entente n'(ait) pas cherché à nuire aux dissidents » (17) ; ou que ces derniers « ne paraissent pas avoir subi

(12) Rapport pour 1968, p. 483.

(13) 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957 ; avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

(14) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960

(15) Entente limitée à la distribution, par exemple, (cf. l'avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965).

(16) Avis « Blanchisseurs de la région parisienne », du 17 janv. 1969. La Commission est, au contraire, plus sévère lorsque les clauses sont appliquées avec rigidité (1er avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958 ; « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959) ou assorties de mesures de coercition (avis « Publicité », du 4 janv. 1958 ; Rap. pour 1975, p. 998) dont l'exécution est confiée à une société spécialisée (avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968).

(17) 1er avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958 ; v. également l'avis « Echelles en bois », du 19 mai 1967.

d'autre préjudice qu'une moindre capacité d'investissement » (18) car cela prouve que l'entente n'a pas complètement fait disparaître la concurrence (19). Il en est de même si une certaine concurrence subsiste du fait de l'existence de produits de substitution qui joue aussi en faveur de l'entente. L'avis « Tuyaux en fonte » retenait, par exemple,

« qu'il existe une concurrence grandissante sur le marché intérieur des canalisations d'eau et de gaz par l'utilisation des tubes en acier, en amiante-ciment ou en plastique » (20).

La Commission a, cependant, été amenée à nuancer ce raisonnement lors de l'examen de l'entente entre fabricants de matériaux pour canalisations d'eau, en 1977 (21) ; le rapport pour 1977 souligne notamment que l'étendue et l'ancienneté de l'entente peuvent empêcher de déterminer quelle aurait été l'évolution d'un marché soumis à la concurrence. Il devient alors

« difficile de préciser entièrement les conséquences économiques de l'entente. Mais cette circonstance, imputable aux parties à l'entente, ne peut évidemment être retenue à leur décharge » (22).

513. — 2°) Pour l'application positive de l'article 59 ter-2°, les efforts entrepris sont naturellement un élément d'appréciation particulièrement significatif. Un effort limité pourra parfois être pris en considération, eu égard à des circonstances particulières justifiant l'indulgence de la Commission (23). Des efforts inefficaces (24) ou tardifs (25) constitueront, au contraire, des éléments négatifs du bilan. La plus grande sévérité sera, enfin, réservée à l'entente ne pouvant justifier d'aucune action ou initiative en faveur du progrès économique (26).

(18) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(19) Sont, au contraire, considérées comme des éléments négatifs les pressions exercées sur les dissidents (avis « Agrégats de la région parisienne », du 5 juil. 1967) ou le fait que ces derniers n'aient que difficilement pu apparaître sur le marché (avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960).

(20) Avis « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961.

(21) Avis « Fabricants de matériaux pour canalisations d'eau », du 30 sept. 1977 ; v. également l'avis rendu dans le même secteur le 17 oct. 1973.

(22) Rapport pour 1977, p. 1982.

(23) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

(24) Avis « Linoléum », du 21 oct. 1960 ; 2ème avis « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 ; avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965 ; Rapport pour 1970 et 1971, p. 419.

(25) Avis « Industrie du plâtre », du 6 déc. 1972 : l'avis déplore que « cette industrie qui disposait d'avantages naturels ait tardé à développer ses débouchés dans le domaine des produits élaborés ».

(26) Avis « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973 : les auteurs de l'entente se bornaient à invoquer les difficultés rencontrées par les entreprises dissidentes ayant voulu pratiquer des prix inférieurs aux leurs.

514. — a) Le contexte économique est toujours examiné très concrètement mais il convient de souligner que la même circonstance peut jouer de différentes façons : l'existence d'entreprises intégrées face à l'entente est ainsi tantôt retenue comme une justification lorsque l'entente favorise sur le marché le maintien d'un équilibre entre un groupe intégré et les autres fabricants (27), tantôt comme une circonstance simplement atténuante (28).

515. — b) Les positions les plus intéressantes ont trait à la prise en considération de l'environnement économique défavorable de l'entente. Le premier rapport manifestait l'intention de la Commission de tenir compte des difficultés particulières afin de susciter des mesures de réorganisation professionnelle inspirées du souci de l'expansion économique (29).

L'entente peut alors bénéficier d'un délai de réorganisation (30) ou d'une plus grande indulgence dans l'appréciation des justifications apportées (31). Il ne saurait être question, toutefois, de dispenser les professionnels de tout effort sérieux en raison de ces difficultés (32).

La Commission va même jusqu'à indiquer quels types d'actions auraient pu justifier l'entente, eu égard à la situation économique particulière (33) : plan efficace de réorganisation et d'adaptation face à la régression de la demande (34), effort vigoureux d'assainissement de la profession et d'augmentation de la productivité (35).

516. — Les exemples cités prouvent que la Commission est prête à admettre, dans une conjoncture de récession, une certaine dose de concertation à condition que cela permette un assainissement de la profession. Elle s'est expliquée sur ce point dans le rapport pour 1958 et 1959 (36). Face à un suréquipement important (37) de potentiel de production, dû à certaines difficultés économiques, trois éventualités sont ainsi à envisager :

---

(27) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956.

(28) Avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970 : la Commission estimait que cette industrie était menacée dans son existence même par l'éventualité d'intégration au niveau des producteurs.

(29) Rapport pour 1954 et 1955, p. 6.

(30) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955.

(31) 1er avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957 ; avis « Filature de coton », du 22 mars 1968 ; avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964 : cette entente devait cependant remplir un certain nombre d'obligations avant de pouvoir obtenir une exonération.

(32) 2ème avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970 ; 2ème avis « Industrie du jute », du 18 juin 1971 ; les difficultés rencontrées pourront cependant éviter le renvoi au parquet.

(33) Rapport pour 1975, p. 999.

(34) Avis « Ficelles en fibres douces », du 23 mai 1975.

(35) Avis « Filature de coton », du 16 mai 1975.

-(36) Rapport pour 1958 et 1959, p. 305.



— élimination d'un certain nombre d'entreprises par le jeu de la concurrence, qui suppose un effondrement temporaire des prix susceptible d'être suivi d'une réaction en sens opposé dans le cas où les entreprises qui survivent ne sont pas celles dont les prix de revient sont les meilleurs ou bien sont en situation de monopole ou d'oligopole, et, par conséquent, maîtresses de leurs prix de vente ;

— maintien de toutes les entreprises, avec réduction de l'activité de chacune d'elles en proportion de la réduction du volume global des débouchés, qui entraîne fatalement une hausse des prix de revient ;

— élimination d'un certain nombre d'entreprises par une sélection de caractère en quelque sorte autoritaire et fondée sur des critères de productivité.

La deuxième solution avait précisément été adoptée par l'entente « Meunerie parisienne » (38). L'entente invoquait, à titre de justification, le fait qu'elle avait évité des perturbations profondes des structures et des conditions de travail alors que la libre concurrence aurait entraîné une guerre de prix malsaine pour les entreprises. Cette argumentation a été rejetée par la Commission au motif que l'éventualité d'une guerre des prix n'est pas

« à elle seule de nature à justifier des pratiques n'aboutissant pas... à une amélioration de la productivité dans l'ensemble de la profession ».

Un système de répartition assurant le fonctionnement partiel de tous les éléments existants, sans tenir compte de critères de productivité, est d'ailleurs contraire aux principes de l'ordonnance de 1945 (39).

La troisième solution avait été celle des réparateurs de matériel roulant ferroviaire (40) estimant que la moins mauvaise solution consistait à éliminer du marché un certain nombre d'entreprises, en fonction de critères de productivité. Le bénéfice de l'article 59 ter-2° a, cette fois, été accordé car

« les mesures prises se sont traduites par une concentration des entreprises susceptible d'assurer une meilleure marche industrielle de celles-ci ; elles se sont inspirées de considérations dont certaines étaient d'ordre social mais dont d'autres tendaient à une meilleure répartition géographique et technique des commandes, et en définitive, à une organisation plus conforme au progrès économique ».

(37) En dehors des hypothèses de crise, la Commission estime qu'un suréquipement limité favorise la concurrence (avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973 ; Rapport pour 1974, p. 1208).

(38) Avis « Meunerie parisienne », du 16 déc. 1959 : devant un excédent considérable du potentiel de production, l'entente avait fixé des droits à produire, calculés sur la base de campagnes antérieures, en cherchant à assurer à tous les membres un volume d'activité minimum.

(39) L'avis relève que l'entente a entravé une évolution de la structure de cette industrie de nature à permettre une réduction des coûts de production par une concentration de l'activité sur un nombre plus réduit de moulins ; quant à la décision du ministre faisant suite à l'avis, elle reproche à l'entente d'avoir maintenu artificiellement la majorité des meuniers dans une situation de sous-activité et de coût de fabrication élevé (décision du 12 mars 1960).

(40) Avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », du 21 nov. 1960.

On constate ainsi que dans une conjoncture de récession, la Commission donne la préférence à des accords permettant une réduction des capacités, afin que les entreprises qui subsistent poursuivent leurs activités dans des conditions satisfaisantes ; les entreprises marginales doivent disparaître ou se reconvertir (41) et une certaine hostilité se manifeste à l'égard des systèmes de répartition assurant un emploi partiel de toutes les unités de production.

517. — 3°) Une fois le bilan établi, s'il apparaît comme négatif, la Commission l'envisage à la lumière du contexte socio-économique ; on ne peut pas ne pas tenir compte, en effet, des conséquences qu'entraînerait une éventuelle dissolution de l'entente (42) qui peut se révéler aussi fâcheuse que l'entente elle-même. Lors de l'affaire « Industrie du sel », la Commission a ainsi jugé

« qu'il ne serait pas conforme à l'intérêt national de cesser brutalement le soutien accordé aux paludiers de l'Ouest, et qu'on ne saurait non plus méconnaître les inconvénients d'une politique qui, si elle conduisait à majorer les prix de revient de l'industrie chimique, pourrait avoir pour effet d'entraîner des investissements nouveaux et de rendre inutiles les investissements actuels » (43)

Sans accorder le bénéfice du « rachat », elle a recommandé, en l'espèce, de ne pas engager de poursuites pénales. Lors de son premier examen de l'entente entre « Filateurs de coton » (44) elle a, en revanche, admis l'exonération provisoire de l'entente tant au vu des initiatives entreprises qu'en raison des conséquences néfastes qu'aurait sa dissolution :

« la condamnation de l'action menée par l'association serait susceptible d'entraîner la disparition peut-être rapide d'un certain nombre d'entreprises ; cette disparition, qui n'atteindrait pas nécessairement et en priorité les entreprises économiquement les moins aptes à survivre, n'aurait ainsi par elle-même aucun effet rationnel d'assainissement de la profession ; au surplus cette disparition pourrait susciter un chômage qui accroîtrait sans conséquences utiles les difficultés très sérieuses que rencontre l'emploi de la main-d'œuvre dans les régions couvertes par l'association » (45).

518. — RESULTATS DU BILAN. — L'existence du progrès économique requis par l'article 59 ter-2° est fonction des « résultats » du bilan de l'entente.

---

(41) L'élimination des entreprises doit être justifiée par des raisons d'ordre économique et exclusivement fondée sur des critères de productivité : la Commission n'admet pas le boycottage (supra, n° 224 et s.).

(42) Rapport pour 1968, p. 483.

(43) Avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962.

(44) Avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968.

(45) Lors du deuxième examen de la situation, le bénéfice des dispositions de l'article 59 ter a été retiré à l'entente que la Commission a invitée à mettre fin aux pratiques suivies (avis « Filature de coton », du 16 mai 1975).

L'absence de résultats ne peut jamais constituer un « progrès » au sens de l'article 59 ter. Il ne suffit donc pas que l'entente ait eu pour objet de réaliser des améliorations si ses auteurs en sont restés au stade des bonnes intentions. Cela ressort du premier avis rendu par la Commission ; les membres de l'entente invoquaient, comme justification des quotas, leur objectif d'organisation rationnelle du marché par des reconversions ou des concentrations :

« ces diverses mesures sont restées à l'état de projet... qu'ainsi les justifications prévues par l'article 59 ter ne sont pas apportées en l'espèce » (46).

La même solution s'impose *a fortiori*, lorsque les auteurs de l'entente n'ont même pas eu cette intention et n'ont entrepris aucune action de nature à assurer le développement du progrès économique (47).

519. — La qualification de « progrès économique » est subordonnée à la présence de résultats tangibles, positifs et suffisants. Les résultats invoqués au titre du progrès économique doivent être tangibles. Cette exigence découle directement du texte qui prend en considération les seuls « effets » de l'entente (48).

Les résultats obtenus doivent, en second lieu, être positifs. Le simple fait, négatif, d'avoir évité des perturbations ne peut, en principe, constituer un progrès (49). Le rapport pour 1973 remarque d'ailleurs que le progrès, surtout lorsqu'il résulte d'innovations, a, par lui-même, un caractère perturbateur d'habitudes ou de situations acquises. Il entraîne ainsi des remises en cause bénéfiques (50) et les professionnels qui s'y opposent ont un comportement contestable (51).

Ils doivent, enfin, être « suffisants pour justifier les pratiques anticoncurrentielles », c'est-à-dire présenter des avantages supérieurs aux inconvénients inhérents aux mesures restrictives (52).

(46) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955.

(47) Cf. à titre d'exemple les avis « Réseaux électriques aériens du Sud-Ouest », du 5 oct. 1973 ; « Transports scolaires (Lot) », du 8 févr. 1974 ; « Laboratoires photographiques », du 28 févr. 1975 ; « Transports de marchandises (Corrèze) », du 26 avr. 1976.

(48) Il convient de souligner cette différence importante entre les articles 59 bis et 59 ter : le premier incrimine l'entente en fonction de son objet anticoncurrentiel ou de la simple éventualité d'une atteinte à la concurrence, alors que la simple possibilité ou éventualité d'effets bénéfiques n'ouvre pas droit à l'exonération prévue par le second (*supra*, n° 393 et s.).

(49) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959.

(50) Rapport pour 1973, p. 2605.

(51) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973 ; il convient cependant de noter que la Commission se montre parfois plus indulgente compte tenu des circonstances particulières du marché : ainsi a-t-elle admis, sous condition, une exonération provisoire de l'entente « Bandes transporteuses en caoutchouc » (avis du 7 juil. 1958), dont le seul effet avait été de préserver le potentiel de production, car elle avait évité, par ailleurs, la création d'une situation bipolistique.

(52) Rapport pour 1975, p. 999.

520. — Le « progrès économique » s'entend donc, en première analyse, d'améliorations ou d'avantages obtenus dans le secteur économique couvert par l'entente. Deux problèmes se posent alors. La question est, d'une part, de savoir si n'importe quel type de résultats peut être qualifié de « progrès économique » et il est intéressant de rechercher, à travers les avis, si la Commission est allée au-delà des indications données par le texte. Il s'agit, d'autre part, d'examiner si les ententes peuvent se prévaloir, à titre de justification, des seuls avantages personnels qu'elles ont obtenus, tels que la réalisation de profits plus importants, ou si la Commission exige, en outre, que les actions entreprises soient profitables à la collectivité. Pour caractériser le progrès ainsi requis, nous nous interrogerons donc sur la nature (Chapitre I) et sur les bénéficiaires (Chapitre II) des résultats obtenus.



## CHAPITRE I

### NATURE DES RESULTATS POSITIFS RETENUS AU TITRE DU PROGRES ECONOMIQUE

521. — Une entente déclarée illicite au regard de l'article 59 bis peut, en vertu de l'article 59 ter-2°, être relevée de la prohibition lorsqu'elle a pour effet le développement du progrès économique, c'est-à-dire, aux termes des avis, lorsqu'elle a obtenu des résultats tangibles, positifs, suffisants. La question est, alors, de savoir quels types de résultats sont pris en considération.

L'article 59 ter-2°, dans sa rédaction initiale, prévoyait des critères précis d'appréciation des « bonnes ententes » : il s'agissait soit d'une contribution au « développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation », soit de « l'amélioration et de l'extension des débouchés de la production ».

L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 a étendu le champ d'application du texte. Il n'est plus question, désormais, que du progrès économique. Tout au plus, le texte donne-t-il une vague indication en précisant que ce progrès peut être réalisé « *notamment par l'accroissement de la productivité* ». L'imprécision de la formule est voulue. Comme le fait remarquer le rapport pour 1967, cette nouvelle rédaction, entérinant la démarche relative au « bilan économique », laisse à la Commission une grande liberté pour « moduler » son appréciation en fonction de la situation économique de la branche en cause (1).

---

(1) Rapport pour 1967, p. 322 ; supra, n° 508 et s.

Le rapport précise, toutefois, que la Commission continuera à prendre en considération les critères d'appréciation originaires prévus par le texte. Il convient, dès lors, d'examiner en premier lieu les résultats positifs traditionnellement retenus au titre du progrès économique (Section 1) avant de rechercher ceux qui sont pris en considération au titre d'une conception plus large de ce progrès (Section 2).

## SECTION 1

### RESULTATS POSITIFS TRADITIONNELLEMENT RETENUS AU TITRE DU PROGRES ECONOMIQUE

522. — L'article 59 ter-2° ancien prévoyait l'exonération des ententes ayant obtenu des résultats satisfaisants soit par la spécialisation et la rationalisation, soit par l'amélioration et l'extension des débouchés de la production. Ces critères, trop étroits, ont été abandonnés dans la nouvelle rédaction de 1967. Les résultats positifs obtenus dans ces différents domaines sont cependant encore invoqués par les professionnels. Nous examinerons donc ici successivement la jurisprudence de la Commission en ce qui concerne les effets bénéfiques de la spécialisation (§ 1), de la rationalisation (§ 2) et de la conquête des débouchés (§ 3).

#### § 1. — Résultats en matière de spécialisation

523. — La spécialisation constituant l'un des critères du développement économique, de nombreuses ententes ont invoqué leur action en ce sens pour échapper à la prohibition édictée à l'article 59 bis. La Commission a largement admis cette justification dans la mesure où les résultats lui paraissaient suffisants. Il est intéressant d'examiner plus précisément comment la Commission procède à cette appréciation avant de rechercher dans quels domaines se manifestent ces effets.

#### A. — APPRECIATION DES EFFETS BENEFIQUES DE LA SPECIALISATION

524. — La Commission apprécie les effets bénéfiques de la spécialisation en tenant compte tant de leur nature que de leur ampleur.

525. — 1°) S'agissant de la nature des effets bénéfiques, on constate des différences selon que la spécialisation porte sur les fabrications ou la distribution.

526. — La Commission admet l'intérêt de la *spécialisation des fabrications* en considérant, en premier lieu, ceux qui ont trait aux prix. L'accent est mis sur l'abaissement des prix de revient qui permet une fabrication en plus grande série (2) ou une réduction des écarts de prix avec les produits similaires étrangers (3). *A contrario*, le bénéfice de l'exonération est refusé lorsque

« les efforts de spécialisation ont été trop limités pour permettre par un élargissement de la production d'abaisser, même à terme, les prix de revient » (4).

De même, ne constitue pas un progrès la spécialisation ne correspondant à aucun impératif technique, c'est-à-dire celle qui est entreprise

« lorsque les opérations de production et les spécifications du produit sont d'une relative simplicité » (5).

La Commission ne limite pas cependant son appréciation aux effets favorables sur les prix et prend en considération toutes les conséquences bénéfiques pour la productivité :

- allègement des frais généraux de fabrication (6),
- réduction des stocks de matières premières et de produits finis (7),
- création d'ensembles de production importants et modernes modifiant la structure de la profession (8),
- concentration des fabrications en une seule main permettant d'obtenir « des conditions de production aussi satisfaisantes que possible » (9),
- adaptation des entreprises aux nouvelles conditions technologiques de la production (10).

527. — La spécialisation constitue une mesure favorable au progrès économique, même si elle ne porte que sur les *opérations de distribution*, mais c'est à la condition qu'elle constitue un facteur d'abaissement du prix de revient de celle-ci ; à cet égard, il convient de

---

(2) 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957 ; avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957.

(3) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; « Lampes électriques », du 26 mai 1956.

(4) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964.

(5) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.

(6) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957.

(7) Avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(8) Avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958.

(9) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(10) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.

mentionner l'avis « Ciments et liants hydrauliques » où la Commission a porté au bénéfice de l'entente

« la spécialisation commerciale assurant la livraison des différents marchés, y compris des exportations, à partir des usines les mieux placées » (11).

528. — 2°) S'agissant de l'ampleur des effets bénéfiques de la spécialisation, il convient de souligner que seule une spécialisation substantielle est prise en considération. Ainsi la Commission peut-elle refuser provisoirement le bénéfice de l'exonération lorsque la spécialisation ne touche que des fabrications secondaires (12). Une spécialisation limitée peut cependant être prise en considération lorsqu'elle est la seule réalisable compte tenu des caractéristiques du marché ; l'exemple est illustré par l'avis « Verres de lunettes » qui reconnaît que

« la multiplicité des types de verres interdit d'envisager une spécialisation très poussée... et (que)... l'évolution rapide des techniques médicales peut faire paraître particulièrement aléatoire la spécialisation dans un type de verre donné » (13).

## B. — PRATIQUES RACHETEES PAR LA SPECIALISATION

529. — La spécialisation ne constitue pas la justification de toute pratique anticoncurrentielle. Les avis prouvent qu'elle justifie essentiellement les pratiques mises en œuvre pour assurer l'exécution d'accords de répartition. Depuis 1973, cependant, la Commission tend à plus de sévérité.

La spécialisation est largement retenue comme justification des pratiques anticoncurrentielles suivies par les ententes ayant conclu des accords de répartition : quotas, cessions, constitution d'un organe central chargé de gérer les accords.

530. — En ce qui concerne les quotas, il apparaît que la Commission est très favorable à ceux qui « apparaissent comme un support et un moyen d'accords de spécialisation » (14).

Une double condition est, toutefois, exigée : il faut que le « but réel » de ces quotas soit d'assurer l'adoption puis le maintien des mesures de spécialisation et que le consommateur en reçoive suffisamment le bénéfice (15). Sous cette double réserve leur légitimité est admise. En 1956, la Commission se demandait même si les systèmes

---

(11) Avis « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969 ; la spécialisation « géographique » constitue également un progrès qui peut être contrarié, cependant, par d'autres pratiques de l'entente (cf. le 2ème avis « Fûts métalliques » du 24 sept. 1965).

(12) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960.

(13) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

— (14) Rapport pour 1956, p. 18.

(15) Infra, n° 570 et s.



de quotas ne seraient pas inéluctablement à la base de tout accord de spécialisation (16). La question n'a, d'ailleurs, toujours pas reçu de réponse formelle.

À l'égard des quotas de production, qui ont souvent un effet de cristallisation des situations acquises, la Commission est plus nuancée. Elle est cependant allée jusqu'à admettre à propos de l'affaire « Bandes transporteuses en caoutchouc » (17), compte tenu des efforts réalisés sur le plan technique et sur celui de la spécialisation, que

« l'existence de pratiques assurant à chaque producteur une certaine stabilité de ses débouchés intérieurs est de nature à faciliter tant une politique collective à l'exportation que l'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions technologiques de la production » (18).

531. — Les accords par lesquels les membres de l'entente se consentent mutuellement des cessions des produits qu'ils ne fabriquent plus sont plus difficilement justifiés par les mesures de spécialisation. Sans doute procurent-ils aux entreprises l'avantage publicitaire et commercial de vendre sous leur propre marque une large gamme de produits ou d'articles, mais il s'agit là d'un « avantage qui peut être légitimement recherché à condition de ne point peser sur les prix » (19).

Or, c'est ce qui se produit lorsque le système mis en place maintient, comme en l'espèce, des frais généraux inutiles et des marges injustifiées (20). Les remises d'un pourcentage uniforme que les entreprises spécialisées s'accordent sur les cessions de modèles qu'elles se consentent mutuellement peuvent également être admises à condition que l'on ne constate pas d'effet néfaste sur les prix (21).

532. — La constitution, entre les entreprises spécialisées d'une entente, d'un organe central chargé d'assurer la vente en commun et de répartir les commandes peut également être justifiée par la spécialisation. Ce système évite la pratique des cessions entre les membres et permet un allègement des frais généraux, en particulier ceux de transport, puisque c'est le comptoir de vente qui distribue sous son propre nom l'assortiment complet en faisant livrer les différents articles directement des fabricants respectifs aux clients (22). La Commission se montre donc, dans certains cas, favorable au recours à un organe central. Ainsi recommande-t-elle dans l'avis « Cœurs

(16) Rapport pour 1956, loc. cit. ; avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(17) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.

(18) Rapport pour 1958 et 1959, p. 306.

(19) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957.

(20) Cf. la position plus souple du ministre de l'Economie et des Finances à ce propos (décision du 9 oct. 1958 faisant suite à l'avis précité) ; v. également R. PLAISANT et J. LASSIER, D. 1962. Chr. p. 34.

(21) Avis « Culots de lampes », du 26 mai 1956 ; v. également l'avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958.

(22) A ce sujet, cf. J. CONRAD, Thèse précitée, p. 154 et s.

d'aiguillages en acier » (23) un « aménagement approprié des grosses commandes » destiné à faciliter la spécialisation des entreprises face à leur gros client, la S.N.C.F. Dans la mesure, cependant, où cette pratique met en danger la concurrence, la Commission se montre exigeante quant aux résultats obtenus.

533. — Il apparaît, en définitive, que la Commission est assez favorable aux ententes de spécialisation. Contrairement à certains auteurs (24), il ne nous semble pas qu'elle ait fait preuve d'un libéralisme excessif et nous verrons d'ailleurs, ultérieurement, que les inconvénients éventuels d'une large admission de la spécialisation sont tempérés par l'exigence d'une stricte adéquation entre les pratiques restrictives mises en œuvre et les résultats invoqués (25). On notera, enfin, que, sans se raviser entièrement, la Commission indique dans son rapport pour 1973 (26) que la spécialisation ne peut être prise en compte que « sous bénéfice d'inventaire », c'est-à-dire après examen de la situation concrète du secteur en cause ; seul un progrès réel peut, en effet, justifier des pratiques anticoncurrentielles et il ne saurait y avoir aucune justification « automatique ».

## § 2. — Résultats en matière de rationalisation

534. — Les résultats dans le domaine de la rationalisation constituaient, avant la réforme de 1967, l'un des deux signes matérialisant le « progrès économique ». La Commission ayant affirmé son intention de

---

(23) Avis « Cœurs d'aiguillages en acier », du 21 juin 1958.

(24) Certains économistes contestent, en effet, le bien-fondé du raisonnement de la Commission ; MM. Jenny et Weber font ainsi observer que la spécialisation des productions ne peut être considérée « comme un réel progrès que dans la mesure où l'activité bénéficie d'économies d'échelle à la production » : ils jugent donc discutable d'affirmer que des mesures de spécialisation permettent de diminuer les coûts de production lorsque la technologie employée est simple ; mais, même dans le cas d'économies d'échelle, leur opinion est que la spécialisation, tout en permettant l'allongement des séries, ne conduit pas nécessairement les entreprises à des efforts de réduction des coûts aussi importants que ceux qui résulteraient d'une forte pression concurrentielle ; ils suggèrent alors de se montrer prudent sur l'admission de cette justification et de ne pas exonérer les ententes, même lorsqu'elles s'accompagnent d'une spécialisation effective des productions, lorsqu'il est établi que le fonctionnement normal du marché aurait conduit à un résultat identique (F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., p. 125 et s.). Nous pensons, pour notre part, que, dans certains cas, la spécialisation et les économies d'échelle qu'elle permet consiste, en fin de compte, à attribuer à une entreprise une sorte de monopole dans la fabrication où elle se spécialise : ce sont plutôt les inconvénients éventuels de ce monopole, difficiles à pallier sur le seul terrain de l'abus de position dominante, qui pourraient justifier une moindre faveur à l'égard de certains accords de spécialisation.

(25) Infra, n° 583 et s.

(26) Rapport pour 1973, p. 2605 ; avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.

continuer à prendre largement en considération les résultats obtenus dans ce domaine (27), il convient donc de rechercher à travers les avis ce que recouvre cette notion. On constate ainsi que les effets bénéfiques de la rationalisation ne sont pas seulement envisagés au stade de la production. La Commission prend aussi en considération la rationalisation de la distribution, des méthodes de gestion et des investissements.

#### A. — RATIONALISATION DE LA PRODUCTION

535. — La rationalisation de la production n'est prise en compte que si elle aboutit à un abaissement des prix de revient et de vente (28). L'avis « Fourches et crocs » insistait ainsi sur le fait que

« les avantages techniques de la rationalisation doivent se traduire... en particulier dans le domaine des prix » (29).

Des résultats non significatifs en ce domaine entraînent le refus du bénéfice de l'exonération, même si les mesures entreprises « ont permis de faire face, dans une certaine mesure, à la récession incessante qui caractérise actuellement (ce) marché ».

536. — Les résultats les plus fréquemment invoqués au titre de la rationalisation ont trait à la normalisation des produits (30) ainsi qu'à la réduction du nombre des fabrications. La réalisation du progrès économique peut impliquer la renonciation des entreprises à certaines activités industrielles condamnées par le progrès technique (31), ou l'abandon de fabrications coûteuses ne correspondant à aucun besoin réel (32). La réduction du nombre des modèles doit permettre une amélioration du rapport entre les coûts et les recettes.

537. — L'amélioration de la qualité des produits (33), des procédés techniques de fabrication (34), constituent également des

(27) Rapport pour 1967, p. 322.

(28) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(29) Avis « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961.

(30) 1er avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 ; « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965. *A contrario*, l'absence de toute action efficace de normalisation de la production est un élément négatif (avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958).

(31) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; v. la décision du ministre, du 9 oct. 1958, faisant suite à l'avis.

(32) Avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958 et décision du ministre du 9 oct. 1958.

(33) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 ; « Tergal », du 19 oct. 1963.

(34) 2ème avis « Fils et câbles », du 17 mai 1963.

mesures de rationalisation contribuant à l'accroissement de la productivité, et sont une justification des pratiques anticoncurrentielles à condition que la baisse des prix de revient se répercute sur les prix de vente. La Commission a, toutefois, admis que des mesures de contrôle technique et de mise en œuvre d'une matière nouvelle, ainsi que les normes de qualité ayant assuré la qualité du produit, justifiaient la pratique des prix uniformes pendant la période « de lancement d'un produit nouveau dont la demande excédait les capacités de production » (35) mais ne pouvait les valider au-delà de ce moment.

538. — L'avis « Industrie des lampes » (36) offre un bon exemple des mesures de rationalisation que la Commission souhaite voir se développer. Il retient, en l'espèce, que l'un des objets essentiels des contrats conclus entre deux des membres de l'entente a été la création d'un organe commun de fabrication, groupant les sociétés de production appartenant par parts égales aux deux contractants :

« l'existence de ce fournisseur commun dirigé sur une base strictement égalitaire, excluant dès lors toute discrimination de traitement à l'égard de l'un ou de l'autre des « clients », a permis une meilleure rationalisation de la production et procuré aux deux sociétés, par l'abaissement des coûts de production, une puissance compétitive à laquelle elles ne seraient pas parvenues, au moins aussi rapidement, par une action isolée ».

Il en est résulté un renforcement de cette branche industrielle profitable tant à la clientèle qu'aux membres de l'entente dans leur ensemble puisque l'avis relève également que la troisième entreprise adhérente a pu bénéficier de mesures d'assistance technique et profiter de l'avantage procuré par un système de production intégrée.

La rationalisation de la production, lorsqu'elle permet un accroissement substantiel et nécessaire de celle-ci (37), constitue, donc, un progrès réel à condition que les charges ne s'accroissent pas proportionnellement (38).

## B. — RATIONALISATION DE LA DISTRIBUTION

539. — La rationalisation de la distribution est aussi souhaitable que celle de la production car elle permet une amélioration des prix de revient dont peut ensuite bénéficier la clientèle (39). Les progrès en ce sens sont portés au crédit de l'entente.

(35) Cf. les avis « Tergal », du 19 oct. 1963 ; cf. également *a contrario* l'avis « Tubes en P.V.C. », du 17 oct. 1973.

(36) Avis « Industrie des lampes », du 22 avr. 1966.

(37) Cf. l'avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 où la Commission relève que la production a quintuplé en vingt ans.

(38) J. CONRAD, Thèse précitée, p. 164.

(39) Avis « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961.

(40) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960.



La Commission tient compte, par exemple, du fait que les activités du comptoir commun de vente ont abouti à la compression des prix de revient par la réduction du coût des transports (40) ou que

« le regroupement des commandes (a permis) des conditions de livraison plus satisfaisantes, ce qui a été un facteur d'abaissement du coût des approvisionnements » (41).

Elle admet, de même, que :

« l'étalement des commandes a contribué à diminuer l'incidence des variations saisonnières du marché sur les coûts de production » (42).

540. — Il est intéressant de relever qu'après avoir admis les justifications proposées au titre de la rationalisation de la production la Commission peut subordonner le maintien de l'application de l'article 59 ter-2° à la rationalisation de la distribution, en imposant à l'entente d'entreprendre des actions vers l'aval. Cette position est illustrée dans l'avis « Verre plat » (43) : face à un appareil de distribution de caractère pléthorique et exerçant mal sa fonction, le ministre de l'Economie et des Finances avait, à la suite du premier avis de la Commission, subordonné le maintien de l'exonération à l'obligation pour l'entente de

« contribuer à la rationalisation des circuits commerciaux, en opérant notamment une réduction du nombre des grossistes et un choix plus judicieux de ceux-ci ».

541. — L'avis « Ciments et liants hydrauliques » (44) offre un bon exemple des mesures de rationalisation commerciale jugées bénéfiques par la Commission. Il relève que la société, support juridique de l'entente, a permis la mise en place de centres communs de réception et de distribution du ciment, favorisant ainsi l'abaissement des coûts de commercialisation, la régularisation de la production et le développement des ventes. Considérant, par ailleurs, que la livraison des différents marchés a été effectuée, en vue de réduire

---

(41) 2ème avis « Industrie de la semoulerie », du 30 sept. 1966.

(42) Avis « Superphosphate », précité.

(43) 1er avis « Verre plat », du 23 nov. 1957, et 2ème avis du 21 nov. 1964 : lors de son deuxième examen, la Commission a admis le maintien « sous surveillance » du bénéfice de l'exonération, les efforts dans le domaine de la distribution étant encore trop faibles ; elle a cependant porté au crédit de l'entente le projet tendant à restaurer la fonction de négociant spécialisé et comportant une modification rationnelle de la structure du tarif devant permettre d'abaisser les prix de revient et d'abolir les conditions discriminatoires entre distributeurs et utilisateurs.

(44) Avis « Ciments et liants hydrauliques », du 20 juin 1969.

les coûts de transport, à partir des usines les mieux placées de chaque associé, l'avis déclare que :

« cette rationalisation commerciale justifie l'établissement d'un prix moyen pondéré par rapport auquel la rémunération finale des producteurs est établie » (45).

542. — Les progrès enregistrés en matière de rationalisation commerciale ne constituent pas, en revanche, une justification suffisante de règles d'apport et de partage qui aboutissent en fait à des prix artificiels, en vertu desquels il devient indifférent pour chaque producteur de livrer à partir de ses points de vente éloignés (46).

Seuls sont pris en considération, enfin, les résultats tangibles de l'entente. De simples efforts en vue de rationaliser la distribution ne sont pas pris en considération s'ils n'ont pas été efficaces (47), à plus forte raison s'ils n'ont pas été entrepris (48).

#### C. — RATIONALISATION DES METHODES DE GESTION

543. — Les auteurs des ententes invoquent parfois au titre du progrès économique la rationalisation des méthodes de gestion, de nature à permettre un allègement des frais généraux. Celles qui recourent à un organe central, spécialement constitué aux fins de gérer les accords et de répondre aux demandes de la clientèle, se prévalent ainsi des avantages liés à la centralisation du travail de facturation et d'encaissement ou de la rationalisation dans le domaine de la trésorerie et du service comptable des entreprises (49). La Commission a admis, dans le premier avis « Jantes et guidons », qu'il s'agit là d'un élément favorable dont elle peut éventuellement tenir compte (50). Lors du deuxième examen de cette affaire, elle a cependant estimé que :

« si cette pratique peut présenter des avantages pour les fabricants, elle n'en constitue pas moins l'instrument possible d'une reconstitution de l'entente » (51).

(45) La position assez libérale de la Commission à l'égard de cette entente s'explique aussi, et peut-être surtout, d'après le rapport pour 1969 (p. 119), par le fait que l'entente avait laissé subsister une certaine concurrence avec les producteurs non associés et n'avait pas abouti à la création d'une position collective dominante. Il s'agit, ici, d'une minoration de l'application de l'article 59 bis (supra n° 202 et s. ; n° 510 et s.).

(46) Avis « Ciments et liants hydrauliques », précité ; cf. également l'avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965, supra n° 117 et s.

(47) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964.

(48) Avis « Agrégats de la région de Metz », du 21 oct. 1966.

(49) Avis « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Agrégats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959.

(50) 1er avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958 ; la Commission a admis que l'entente peut faire état du fait que les obligations faites à ses membres, quant à la tenue d'une comptabilité matières, ont fait obstacle à la pratique des ventes sans factures (avis « Confectionneurs de cravates marque Tergal », du 19 oct. 1963).

(51) 2ème avis « Jantes et guidons », du 22 oct. 1965.

544. — Il convient de se montrer réservé dans l'admission de ce type de résultats. Cette position a d'ailleurs été confirmée en 1973 à propos des affaires « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence » (52). Les professionnels invoquaient les avantages que leur procurait le recouvrement centralisé des factures tant par la réduction des frais que par la diminution des risques de non recouvrement. La Commission estime que le dépistage des clients peu solvables ou mauvais payeurs pourrait résulter de l'organisation d'une information mutuelle mais que les avantages du système adopté

*« sont trop faibles pour être pris en compte au titre de l'article 59 ter-2°, alors surtout que le système peut constituer (...) l'instrument même de l'entente ».*

Il faut souligner, par ailleurs, que les résultats positifs obtenus dans le domaine de la rationalisation de la distribution et des méthodes de gestion, particulièrement en ce qui concerne la trésorerie et le service comptable des entreprises, ne sauraient justifier une politique contraignante de répartition des droits au travail et la pratique de prix-plancher, notamment lorsque l'entente s'est contentée d'organiser périodiquement quelques « séminaires » destinés à améliorer la gestion des entreprises ! (53).

#### D. — RATIONALISATION DES INVESTISSEMENTS

545. — La Commission a, très tôt, prêté attention au problème de la rationalisation des investissements. Elle souligne ainsi dès 1957 que « la fixation de quotas rend possible une coordination des investissements » (54).

Considérant que cette mesure permet d'abaisser les coûts unitaires de production, la Commission porte au crédit de l'entente une politique d'investissements rationnels et très importants

*« qui n'eût peut-être pas été possible sans les facilités de prévision à moyen terme, notamment en matière de débouchés, résultant des ententes » (55).*

Le rapport pour 1957 précisait que cette formule

*« implique qu'une certaine stabilité des débouchés peut-être bienfaisante au point de vue économique et peut donc être légitimement recherchée alors même qu'elle ne pourrait être obtenue que par la voie d'une répartition des débouchés au moyen de quotas » (56).*

546. — L'adoption de programmes d'investissements peut justifier, au même titre que les accords de spécialisation (57), la recher-

(52) 2ème avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973.

(53) Avis « Champignons de couche », du 18 oct. 1968.

(54) 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(55) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(56) Rapport pour 1957, p. 214.

(57) Supra, n° 529 et s.

che d'une certaine stabilité et sécurité des débouchés par le jeu des clauses de quotas. Il convient de rappeler, cependant, que la Commission se montre radicalement hostile à tout système de répartition malthusien. Seuls peuvent donc être justifiés les quotas souples et évolutifs, à l'exclusion des quotas rigides :

« si la conclusion d'accords de rationalisation entre producteurs suppose souvent une action concertée tendant à éviter des variations trop fortes ou trop brusques du volume de leur activité, *l'objet recherché doit être atteint sans recourir à un gel des positions respectives des producteurs sur le marché* » (58).

Un effort notable d'investissement, concerté entre les membres de manière à assurer une meilleure productivité, ne permet donc pas à l'entente de bénéficier des dispositions de l'article 59 ter-2°, si parallèlement le système de quotas n'est pas assoupli (59).

547. — Seul un effort collectif est, enfin, susceptible de justifier les pratiques d'entente :

« la poursuite des investissements sur une base individuelle, sans souci d'améliorer la productivité d'ensemble de la profession, ne peut être considérée comme une contribution au progrès économique » (60).

L'absence totale de coordination dans ce domaine peut donc être reprochée aux entreprises, même lorsque les investissements ont entraîné une amélioration notable des conditions de production et un abaissement des prix de revient (61).

548. — Ces exemples montrent que la Commission a largement admis les effets bénéfiques de la rationalisation des investissements à titre de justification des accords de répartition. Une nouvelle orientation se manifeste, toutefois, depuis 1973. Connaissant les positions de la Commission, les membres de l'entente « Tubes en P. V.C. » (62) ont soutenu qu'à défaut de quotas les entreprises de l'entente risquaient d'être conduites à un suréquipement global provoqué par une augmentation des capacités de production. Cette argumentation a été fermement rejetée. Le rapport pour 1973, déplorant le cas d'espèce, déclare :

« il ne faut pas qu'une entente se donne pour objet, dans le cas où il y a une expansion des débouchés, de freiner la tendance au développement des capacités de production par crainte d'un suréquipement de la branche. La Commission estime — en effet — que dans une telle

(58) 3ème avis « Fils et câbles », du 17 sept. 1971.

(59) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(60) Avis « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964 : l'avis rappelle que les principes de l'ordonnance de 1945 visent à encourager l'amélioration de la productivité et non le maintien des situations acquises.

(61) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

(62) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.



conjoncture, l'existence d'une certaine réserve de capacité de production permet à la concurrence de jouer... *Un suréquipement limité, en économie de marché, est donc le gage de progrès ultérieurs.* Il n'en irait autrement que si les débouchés se réduisaient ou si chaque équipement unitaire était d'une importance telle par rapport à la capacité de production installée que son apparition provoquerait, entre l'offre et une demande même ascendante, un déséquilibre durable » (63).

La justification des accords de quotas par les efforts de rationalisation des investissements semble, désormais, limitée (64). L'avis « Tubes en P.V.C. » indique, en effet, que des « mesures correctives concertées » de la nature des quotas sont exceptionnellement admissibles dans les cas où une industrie connaîtrait « un taux de suréquipement très élevé et durable au point de compromettre la rentabilité des entreprises même les mieux placées ». La Commission insiste sur l'objectif de l'entente : une politique malthusienne d'investissements ne peut jamais être justifiée, tandis que si les entreprises compriment leurs marges et réalisent des gains de productivité, sans en conserver tout le profit, elles sont admises à se prévaloir du bénéfice de l'article 59 ter-2°. Elle tire donc une sorte de présomption, relative, du caractère non malthusien de la politique d'investissements à partir de la constatation d'un suréquipement limité.

549. — Ce raisonnement est critiqué par MM. Weber et Jenny qui estiment que l'« on voit mal comment la Commission peut déterminer s'il y a eu ou non une politique malthusienne d'investissements » (65). Ils jugent, en effet, parfaitement possible qu'une entente parvenant à imposer un prix élevé maintienne un excès de production, alors même que les équipements installés seraient insuffisants pour satisfaire la demande si le prix était autre que celui qui prévaut effectivement. Ils considèrent, par conséquent, que l'excès de capacité ne permet pas de prouver le caractère non malthusien des investissements, estimant qu'il ne peut s'apprécier que par rapport aux conditions qui auraient prévalu si le marché avait été concurrentiel ; or, ces conditions sont inconnues.

La jurisprudence de la Commission en la matière a, cependant, été confirmée en 1974. Le rapport réaffirme, en effet, que « *le jeu de la concurrence est facilité par une certaine réserve de capacité de production* » (66).

550. — Un autre point relatif aux politiques d'investissements a été précisé en 1973. Les entreprises ayant invoqué, à plusieurs repri-

(63) Rapport pour 1973, p. 2606.

(64) Comp. avec l'avis « Fils et câbles », du 17 mai 1963, qui relève que « la rationalisation de la production a permis une politique d'investissements... n'évitant pas l'écueil d'excédents de capacités de production ».

(65) F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., p. 129.

(66) Rapport pour 1974, p. 1208 ; avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974 (à propos de cette affaire, la Commission a été amenée à envisager, afin d'élargir l'offre, un recours à des sociétés d'économie mixte).

ses, pour justifier leurs accords de prix, les avantages résultant des ressources d'auto-financement qui leur seraient procurées par la reconstitution ou l'élargissement de leurs marges bénéficiaires, la Commission a répondu nettement (67) :

« la circonstance ainsi invoquée, qui d'ailleurs fait défaut en l'espèce en raison de la faiblesse des investissements exigés par ces fabrications, n'est pas de celles qui justifient l'application de l'article 59 ter-2° » (68).

La Commission n'admet donc pas l'argument selon lequel il serait nécessaire d'éviter une dégradation des prix, susceptible de priver les entreprises des ressources indispensables pour financer les investissements destinés à assurer à moyen terme la couverture des besoins du pays, comme fait justificatif d'ententes très nocives, et même frauduleuses (69).

551. — Il ressort de l'ensemble des avis que les effets bénéfiques de la rationalisation sont, cependant, généralement admis dans l'ensemble. Interprétant largement le texte, la Commission a retenu à ce titre des mesures telles que l'assistance technique ou les accords de collaboration aboutissant à la création ou au perfectionnement des produits fabriqués (70), le développement en matière d'information et de publicité (71), ou encore l'emploi plus opérationnel de la main-d'œuvre (72). Ces résultats sont toujours portés au crédit de l'entente mais, conformément au principe rappelé en 1975 (73), ne justifient les pratiques anticoncurrentielles que s'ils sont suffisants : les avantages doivent être supérieurs aux inconvénients.

### § 3. — Résultats en matière d'amélioration et d'extension des débouchés de la production

552. — L'amélioration et l'extension des débouchés de la production constituaient un élément d'appréciation expressément prévu par l'article 59 ter-2° avant 1967. On constate d'ailleurs à travers les avis que la Commission prête beaucoup d'attention à la conquête des débouchés par l'entente.

---

(67) Une réponse implicite avait déjà été donnée lors du premier avis « Distribution des produits pétroliers » du 9 févr. 1973.

(68) Avis « Cuves et citernes à hydrocarbures », du 18 mai 1973.

(69) Avis « Transports scolaires », du 8 févr. 1974.

(70) 2ème avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965.

(71) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962 ; « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976.

(72) 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(73) Rapport pour 1975, p. 999.

553. — Une observation préalable s'impose, toutefois, relativement aux ententes de marchés publics. Celles-ci ne peuvent pas invoquer la conquête des débouchés à titre de justification. L'avis « Installateurs de lignes électriques à haute tension » relève ainsi que

« l'amélioration et l'extension des débouchés en matière de construction de lignes électriques... échappent totalement à l'action de la profession mise en cause ».

En effet :

« l'élaboration de projets de construction... appartient exclusivement à E.D.F. en fonction des programmes d'équipement approuvés par les pouvoirs publics » (74).

La nature même des marchés constitue un obstacle à l'action de l'entente dans le sens de la conquête des débouchés. La Commission remarque, d'ailleurs, en 1969, que certaines pratiques, les soumissions de couverture, par exemple, ont même un effet inverse. L'avis « Canalisations d'eau et d'assainissement » déclare ainsi que ce type de pratiques ne peut avoir pour résultat d'améliorer les débouchés de la production

« dès lors que les travaux... sont exécutés pour le compte de collectivités publiques et financés, pour leur quasi-totalité, au moyen de fonds publics » (75).

La Commission a estimé que, dans la mesure où ces pratiques faisaient obstacle à la baisse des prix d'adjudication,

« elles étaient au contraire de nature à réduire la quantité de travaux d'équipement réellement exécutés pour le compte de ces collectivités ».

554. — La conquête des débouchés constitue un résultat positif à porter au crédit de l'entente, tant en ce qui concerne le marché intérieur que les marchés extérieurs. L'appréciation de la Commission se fonde sur le dynamisme des entreprises, en fonction du taux de croissance de l'industrie considérée, par rapport à celui d'autres industries sur le territoire national ou sur les marchés étrangers.

#### A. — RESULTATS OBTENUS SUR LE MARCHE INTERIEUR

555. — En ce qui concerne le marché intérieur, de nombreux avis relèvent avec satisfaction les manifestations de la vitalité des entreprises. Le bénéfice des dispositions de l'article 59 ter est ainsi accordé à l'entente « Demi-produits en métaux cuivreux » (76) à propos de laquelle l'avis remarque :

« l'évolution des positions commerciales ne traduit qu'imparfaitement l'accroissement considérable des tonnages... et la place prépondérante prise par les grands établissements ».

(74) Avis « Lignes électriques à haute tension », du 19 févr. 1965.

(75) Avis « Canalisation d'eau et d'assainissement », du 4 juil. 1969.

(76) 1er avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958.

Elle retient, plus précisément, comme élément positif en faveur de l'entente « Fil mousse de nylon » (77) le fait que les pratiques mises en œuvre « ont permis la croissance harmonieuse d'une nouvelle industrie » tout en sauvant d'un déclin certain une grande partie de l'industrie du moulinage.

Le fait que la croissance ait eu lieu dans de bonnes conditions (78), qu'un système ait contribué à l'essor certain de l'industrie française (79), ou même la volonté de croissance manifestée dans certains secteurs (80), influencent favorablement la Commission du fait de la vitalité des industries en cause. L'impression est d'autant meilleure que le taux de croissance est tel que la profession a atteint

« un niveau qui la met en mesure de soutenir la comparaison avec les ensembles étrangers » (81), (82).

## B. — RESULTATS OBTENUS SUR LES MARCHES EXTERIEURS

556. — S'agissant de la conquête de débouchés, les performances à l'exportation ont une place prépondérante. Dès 1957, la Commission affirmait être particulièrement sensible, compte tenu de la conjoncture, à

« une meilleure prospection ou un accroissement des débouchés extérieurs (...) non seulement en matière d'exportation de produits finis mais encore en ce qui concerne l'exploitation à l'étranger, par voie de licence ou autrement, des procédés brevetés découverts par les services de recherche des entreprises en cause » (83).

Elle est d'autant plus favorable aux accords qui facilitent la prospection des marchés extérieurs que la production « s'écoule mal sur le marché intérieur » (84).

Les performances à l'exportation peuvent ainsi justifier des accords de répartition fondés sur des clauses de quotas dans la mesure où

« l'existence de pratiques assurant à chaque producteur une certaine stabilité de ses débouchés intérieurs est de nature à faciliter... une politique collective à l'exportation » (85).

(77) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(78) 2ème avis « Verre plat », du 21 nov. 1964.

(79) Avis « Lampes électriques », du 22 avr. 1966.

(80) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(81) 2ème avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963.

(82) MM. Jenny et Weber formulent de nombreuses réserves sur ce raisonnement et les comparaisons qu'il suppose, estimant que la croissance n'est pas synonyme de progrès économique et que « le maintien d'une industrie désuète, menacée par des concurrents étrangers, grâce à des pratiques anticoncurrentielles ne saurait être justifié » (op. cit., p. 129 et s.).

(83) Rapport pour 1957, p. 214 ; 1er avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(84) Avis « Outils agricoles à main », du 22 juin 1957.

(85) Avis « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958.



De même, la création d'un comptoir de vente à l'exportation est considérée comme une mesure bénéfique, qui peut permettre de compenser le rétrécissement du marché intérieur (86), et l'on portera au crédit d'une entente le fait qu'elle

« a su, grâce à la qualité de son organisation professionnelle, conserver ses positions à l'exportation, faisant la preuve par là du maintien de sa compétitivité » (87).

C'est avec une certaine satisfaction que la Commission note que les exportations représentent 33 % de la production nationale dans le secteur de l'industrie des tubes d'acier (88) et 25 % dans celui des tuyaux de fonte (89), grâce à la valeur des services d'études et de recherches techniques permettant à la France d'occuper une position prééminente dans le domaine de la qualité. Elle considère, enfin, comme un élément tout à fait positif, en faveur de l'entente entre fabricants de papiers minces, le fait

« que la France a conquis en 1968 le premier rang mondial pour les exportations de papiers à cigarettes et autres papiers minces » (90).

557. — Inversement, des contre-performances dans ce domaine sont des éléments négatifs du « bilan ». La Commission reproche donc aux ententes le fait que le niveau des ventes ne progresse pas contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays (91) ; que, loin de développer les débouchés, l'action des professionnels ait eu pour effet de freiner la production et les ventes de ses membres (92) ; que le développement des exportations, constaté lors d'un premier examen, n'ait pu être soutenu (93) ou encore que l'effort d'exportation ait été limité à certains produits (94). Dans l'avis « Carreaux de grès » (95), la Commission regrette que l'entente n'ait pas recherché une action bénéfique pour l'économie

« qui aurait pu consister... à mettre à l'étude des moyens de libérer la France de la sujétion d'importer des matières premières, à rétablir une balance extérieure lourdement déficitaire ».

Elle remarque, enfin, que certaines des pratiques d'entente, telles que la fixation de prix-plancher à l'exportation, contrarient le développement de l'activité dans ce domaine (96).

---

(86) Avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968.

(87) Avis « Filature du lin et du chanvre », du 22 sept. 1967.

(88) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960.

(89) Avis « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961.

(90) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(91) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964.

(92) Avis « Industrie de la semoulerie », du 22 févr. 1964.

(93) 2ème avis « Aciers étirés », du 20 févr. 1970.

(94) Avis « Verre creux mécanique », du 26 avr. 1968.

(95) 1er avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965.

(96) Avis « Conserverie des champignons de couche », du 18 oct. 1968.

558. — Les positions de la Commission en matière de performances à l'exportation suscitent des réserves doctrinales (97) et surtout des réserves tirées de la constatation que l'existence de cartels internationaux dans des secteurs comme ceux des tubes d'acier, des lampes électriques, des papiers minces, rend difficile l'appréciation des performances de ces industries à l'exportation et ne permet pas de se prononcer sur leur efficacité réelle, les courants d'échange étant nécessairement affectés par ces ententes internationales.

## SECTION 2

### RESULTATS POSITIFS RETENUS AU TITRE D'UNE CONCEPTION ELARGIE DU PROGRES ECONOMIQUE

559. — Il apparaît, à la lecture des avis, que la Commission, tout en appliquant les critères de la spécialisation, de la rationalisation et de la conquête des débouchés, a toujours eu une conception beaucoup plus vaste du progrès économique, en rapport direct avec sa conception de la finalité des règles de concurrence édictées par les articles 59 bis et ter de l'ordonnance de 1945. L'accroissement de la productivité, auquel se réfère le texte nouveau, était ainsi pris en considération bien avant 1967 (98). Dans la nouvelle rédaction, résultant de l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967,

« le seul critère retenu est désormais celui du progrès économique, notion extrêmement large et compréhensive » (99).

Cette nouvelle formule donne à la Commission une grande liberté d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les avantages d'une entente, même lorsqu'ils ne se rapportent qu'indirectement à ce progrès (100).

---

(97) F. Jenny et A.-P. Weber estiment que « l'importance des exportations ne constitue pas, en soi, un élément de performance économique » et que leur développement ne saurait, en tout état de cause, être un objectif distinct de celui qui consiste à tenter de produire au coût minimum (op. cit., p. 130).

(98) L'avis « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961, relève que « les résultats obtenus dans la productivité permettent actuellement d'aboutir à des prix de revient et de vente satisfaisants ».

(99) Rapport pour 1967, p. 323.

(100) Rapport pour 1972, p. 26 ; la Commission est allée jusqu'à admettre l'argument selon lequel dans certaines circonstances (entente entre entreprises artisanales ne disposant pas d'une comptabilité développée, avis « Echelles en bois », du 19 mai 1967) ou dans certains secteurs (secteur à caractère agricole posant des problèmes particuliers, avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972) la difficulté de calculer les prix rend indispensable la publication de prix de référence ; les dangers liés à ce type de pratiques, mis en évidence par l'avis « Négociants en gros des boissons sans alcool », du 24 sept. 1976, l'ont cependant conduite à poser des conditions strictes (avis « Transports de marchandises (denrées périssables) », du 26 avr. 1967). Supra, n° 327.

La notion de progrès économique ne peut uniquement s'apprécier en fonction de critères étroits tels que ceux qui étaient prévus avant 1967. Mieux, c'est une notion fluctuante qui doit tenir compte de l'évolution des idées, ainsi que l'affirme le rapport pour 1973, en y faisant entrer la lutte contre la pollution (101).

De fait, la conception élargie du progrès économique qui se révèle à travers les avis porte la marque des différentes préoccupations qui ont inspiré la politique économique au cours des ans depuis la mise en place de la réglementation de la concurrence. Il en ressort que le progrès économique, *lato sensu*, peut s'entendre d'une contribution au progrès technique (§ 1) et de mutations profondes dans les structures (§ 2).

### § 1. — Progrès économique et progrès technique

560. — Le progrès économique est lié au développement du progrès technique. Cette relation apparaît d'ailleurs dans les termes mêmes de la réglementation puisque l'article 59 bis incrimine, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, les ententes qui « entravent le progrès technique ».

561. — L'affaire des « Tubes en chlorure de polyvinyle » en 1973 a donné à la Commission l'occasion de préciser son point de vue sur ce problème (102). Les membres de l'entente invoquaient la mutation technologique résultant de l'emploi d'un nouveau type de tubes permettant de concurrencer les industries traditionnelles. La Commission admet que cette mutation constitue un progrès, en principe, mais observe que tout progrès suscité par l'innovation a un caractère perturbateur d'habitudes ou de situations acquises, dans la mesure où il ouvre un nouveau marché :

« il faut tenir pour bénéfiques les remises en cause que l'apparition de ce marché peut provoquer » (103).

En conséquence, elle refuse toute justification des pratiques destinées à éviter ces remises en question et permettant aux entreprises du secteur d'avancer en bon ordre dans le champ d'action ainsi ouvert.

Il est particulièrement intéressant de comparer cette position avec celle adoptée lors de l'affaire « Fiorio » en 1974 (104). Pour

---

(101) Rapport pour 1973, p. 2605 ; avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(102) Avis « Tubes en chlorure de polyvinyle », du 17 oct. 1973.

(103) Rapport pour 1973, p. 2605.

(104) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

la première fois à cette occasion, la Commission a, en effet, admis qu'une clause d'exclusivité territoriale peut contribuer au développement du progrès économique et technique (105). L'entente était constituée entre une société titulaire de droits sur des procédés de préfabrication et ses concessionnaires exclusifs ; l'avis estime que, compte tenu des contraintes imposées aux concessionnaires (106),

« il est naturel qu'ils se voient accorder, par réciprocité... un minimum de garanties touchant aux débouchés, garanties qui, en pareille hypothèse, ne peuvent être procurées par le concédant que sous la forme d'une exclusivité territoriale ; ainsi cette clause contribue à assurer le développement du progrès technique à travers l'utilisation optimale du procédé concédé » (107).

562. — La différence de traitement entre ces deux ententes s'explique, semble-t-il, par deux sortes de raisons. La première tient au degré de restriction de la concurrence résultant des pratiques anti-concurrentielles que l'entente cherche à justifier. Conformément à ses principes, la Commission met en balance les inconvénients et les avantages de l'entente. Elle sera donc plus exigeante quant aux justifications de pratiques aussi contraignantes que celles mises en œuvre par l'entente entre fabricants de tubes en chlorure de polyvinyle : répartition quantitative de la production, partage des marchés par nature d'utilisation, accords sur les prix et les remises tendant à un redressement des prix. La seconde, qui n'est pas expressément affirmée, est sans doute en relation avec la taille des ententes considérées, la première étant composée de groupes très importants (108) et la deuxième d'entreprises moyennes à vocation essentiellement régionale. On retrouverait donc ici le clivage qui paraît se dessiner entre les ententes puissantes et celles d'envergure plus modeste : une attitude plus libérale envers ces dernières se justifie dans la mesure où non seulement leurs effets sur la concurrence sont plus modérés mais également peuvent être bénéfiques en permettant aux entreprises ainsi unies d'entrer en compétition avec des groupes plus puissants (109).

---

(105) Rapport pour 1974, p. 1208.

(106) Les contrats conclus avec le concédant imposaient des investissements élevés destinés à la mise en œuvre des procédés, le respect des conseils de travail donnés par le concédant, l'obligation d'utiliser les matériels et outillages spéciaux de ce dernier, de le laisser procéder à des contrôles de qualité, de lui faire connaître toute possibilité d'amélioration des procédés qu'ils auraient découverte.

(107) L'admission définitive de cette clause est subordonnée à certaines conditions (infra, n° 580 et s.).

(108) Parmi ses membres, l'entente comptait les sociétés Péchiney, Saint-Gobain, Vallourec, la compagnie de Pont-à-Mousson, etc...

(109) Supra n° 391 et s.



## § 2. — Progrès économique et réforme des structures

563. — La réglementation de la concurrence a pour finalité d'assurer le maximum d'efficacité au système économique français. Or, cet objectif impose la mise en œuvre de mesures permettant d'aboutir à une modification et une modernisation des structures. Dès son premier rapport, la Commission affirme ainsi que

« son souci permanent est de susciter (...) des mesures de réorganisation professionnelle inspirées non plus du réflexe de protection mais bien du souci de l'expansion économique » (110).

Cette finalité est rappelée dans de nombreux avis, soit que la Commission recommande aux intéressés de coordonner leurs activités « à des fins d'intérêt général, sur le plan (...) des structures » (111), soit qu'elle attribue à une structure défavorable les difficultés rencontrées par certains professionnels (112).

La question est, alors, de savoir quels sont les moyens privilégiés de la restructuration de l'économie française ; les avis mettent en lumière un double mouvement, le premier très favorable aux concentrations, le second un peu plus nuancé depuis les années 1973.

### A. — APPRECIATION DES EFFETS BENEFIQUES DES CONCENTRATIONS DE 1954 à 1974

564. — Au cours des vingt premières années, la Commission a considéré très favorablement les ententes ayant pour objectif de préparer des mouvements de concentration. Elle estimait, en effet, que les résultats des entreprises s'en trouvaient améliorés. L'avis « Industrie du magnésium » affirmait ainsi que

« la concentration de la production apparaît comme une mesure de rationalisation de nature à faciliter l'abaissement des prix de revient » (113).

La concentration doit, toutefois, être envisagée dans une perspective plus large de transformation des structures industrielles et commerciales françaises caractérisées, ainsi que le rappelle le rapport pour 1963 à 1966, par le nombre relativement important d'en-

---

(110) Rapport pour 1954 et 1955, p. 6 ; Rapport pour 1967.

(111) Avis « Articles de visserie », du 18 déc. 1965.

(112) Avis « Distribution des montures de lunettes », du 4 juin 1975 : l'avis relève que « si certains opticiens-lunetiers retirent de leur commerce des revenus insuffisants, cela résulte de la structure dispersée de la profession, notamment du trop grand nombre de points de vente dans certaines localités et, par conséquent, de l'insuffisance du chiffre d'affaires de chacun, source de faibles profits en dépit de fortes marges ».

(113) Avis « Industrie du magnésium », du 8 oct. 1955.

entreprises petites et moyennes et la rareté relative des grandes entreprises à l'échelle européenne. La concentration est

« une voie... qui doit être suivie avec discernement, mais que le progrès technique impose à tous les pays développés » (114).

Dans cette optique, le type même de l'entente devant bénéficier d'un « rachat » est celui des « Lampes électriques » qui a

« créé les conditions favorables à la récente concentration industrielle dont on peut attendre une amélioration des coûts de production » (115).

Le rapport pour 1956 estime, en effet, qu'on peut en attendre non seulement des avantages touchant à la productivité des entreprises, mais, à plus long terme, la renaissance d'une concurrence entre groupes plus fortement concentrés (116).

565. — L'élimination de certaines entreprises pour faire face à un excédent considérable du potentiel de production est également justifiée tant par son but, la reconversion partielle d'une industrie suréquipée, que par son effet : l'avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire » souligne ainsi que

« les mesures prises se sont traduites par une concentration des entreprises, susceptible d'assurer une meilleure marche industrielle de celles-ci » (117).

A un moindre degré, sera considéré comme bénéfique « le climat de confiance entre les membres de l'entente (qui) concourt à faciliter la concentration des entreprises » (118).

566. — Les mesures de réorganisation professionnelle et de reconversion peuvent aboutir à des fermetures d'usine. Ces disparitions ne sont bénéfiques que lorsqu'elles contribuent à l'assainissement de la situation (119). *A contrario*, le bénéfice de l'article 59 ter doit être refusé lorsque l'on constate que

« si des mesures de rationalisation ont été prises, sous la forme de fermeture de certaines unités de production et de concentration des

(114) Rapport pour 1963 à 1966, p. 3.

(115) Avis « Lampes électriques », du 26 mai 1956.

(116) Rapport pour 1956, p. 18. MM. Weber et Jenny font cependant observer que les pratiques anticoncurrentielles de l'entente, notées par la Commission lors du premier examen de l'affaire des lampes, demeurent inchangées dix ans plus tard, en dépit d'une importante restructuration de la profession se traduisant par l'émergence d'une position dominante (op. cit., p. 128 ; 2ème avis « Industrie des lampes », du 21 nov. 1958).

(117) Avis « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », du 21 nov. 1958.

(118) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.

(119) 2ème avis « Industrie de la semoulerie », du 30 sept. 1966 : l'action concertée sur les prix a été admise dans la mesure où elle a permis de mettre fin à une concurrence très vive qui aurait pu entraîner l'élimination de certaines entreprises non en fonction de leurs capacités techniques mais de leurs possibilités financières, ce qui aurait été contraire au progrès économique.

entreprises, elles n'en ont pas moins laissé subsister une structure d'ensemble de l'industrie peu conforme au progrès économique » (120).

Les ententes doivent avoir pour objectif l'adaptation de la profession aux conditions économiques nouvelles (121) et ne pas s'opposer aux modifications de structures (122), mais un assainissement réel de la situation implique que ce sont les entreprises les moins aptes (123) qui disparaissent tandis que, parallèlement, des concentrations s'opèrent entre celles qui subsistent. C'est pourquoi la Commission refuse de condamner une entente lorsque cette condamnation aurait des conséquences économiques et sociales plus néfastes que l'entente elle-même et

« serait susceptible d'entraîner la disparition peut-être rapide d'un certain nombre d'entreprises ; cette disparition qui n'atteindrait pas nécessairement en priorité les entreprises économiquement les moins aptes à survivre n'aurait ainsi par elle-même aucun effet rationnel d'assainissement de la profession ; au surplus, cette disparition pourrait susciter un chômage qui accroîtrait... les difficultés très sérieuses que rencontre l'emploi de la main-d'œuvre dans les régions couvertes par l'association alors que celle-ci a contribué dans une certaine mesure à atténuer les effets sur les travailleurs des suppressions d'emploi afférentes aux fusions ou concentrations qu'elle a encouragées ainsi qu'elle le devait » (124).

Ces exemples prouvent que, pour la Commission, la concentration constitue un progrès au sens de l'article 59 ter-2° en permettant d'obtenir un outil apte à faire face à la concurrence internationale dont la pression rend nécessaire l'accélération des mutations de structures. L'avis « Carreaux de faïence » ne manque pas de rappeler que

« l'industrie française doit être mise en mesure d'affronter une concurrence étrangère d'une puissance croissante... Une condition pour y parvenir, en écartant le risque d'une disparition des entreprises françaises... consisterait à accentuer vigoureusement le mouvement amorcé de transformation des structures au sein des petites et moyennes entreprises » (125).

---

(120) Avis « Industrie du sel », du 17 nov. 1962.

(121) Des mesures de réorganisation sont d'autant plus souhaitables que le secteur connaît une régression de la demande ; un tel plan de réorganisation et d'adaptation pourrait justifier des accords de répartition fondés sur des quotas évolutifs (avis « Ficelles », du 4 juin 1975).

(122) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1955 : les intéressés ayant invoqué le fait que l'entente avait évité des perturbations profondes de la structure de la profession et des conditions de travail, l'avis répond que la politique ainsi suivie n'est « précisément pas conforme aux principes de l'ordonnance de 1945 » ; *Adde*, avis « Canalisations d'eau et d'assainissement », du 4 juil. 1969.

(123) Cf. par ex., 2ème avis « Levure de panification », du 17 oct. 1964 ; 2ème avis « Verre plat », du 21 nov. 1964.

(124) Avis « Coton cardé du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968 ; lors de son deuxième examen de l'affaire, la Commission a cependant jugé que le bénéfice de l'article 59 ter ne pouvait être maintenu, les efforts d'assainissement en vue de favoriser les fusions et les concentrations n'ayant pas été poursuivis et aucune initiative nouvelle n'ayant été prise pour faire face à la dégradation de la situation (avis du 16 mai 1975).

(125) 1er avis « Carreaux de faïence », du 20 mars 1965.

567. — La question se pose de savoir si les concentrations (126) représentent bien le meilleur moyen, dans tous les cas, de transformer les structures. MM. Jenny et Weber font observer, à ce propos, qu'une politique libérale envers les ententes risque de diminuer l'incitation des entreprises à rechercher la taille minimale efficiente (127) et que des travaux économétriques récents ont montré, par ailleurs, que la plus grande taille n'entraîne pas nécessairement l'efficience. Pour sa part, le Conseil économique et social (128), envisageant les problèmes relatifs à la concurrence, remarque que la restructuration, nécessaire, n'impose pas le recours aux fusions et qu'il est possible de donner une plus grande capacité concurrentielle à des entreprises moyennes sans les fondre dans une unité nouvelle, par des accords permettant des actions commerciales communes ou la création de services communs.

#### B. — APPRECIATION DES EFFETS BÉNÉFIQUES DES CONCENTRATIONS À PARTIR DE 1974

568. — Les problèmes évoqués ne semblent pas avoir échappé à la Commission qui tend à se montrer plus nuancée dans certains avis récents. L'affaire « Tuiles et briques », en 1974, l'a ainsi amenée à constater l'existence

*« d'un processus de concentration assez rapide mais qui n'est pas de nature à procurer les avantages habituels des économies d'échelle, tant en raison d'une technologie assez simple que de la proximité nécessaire de gisements d'une importance limitée et qui s'épuisent dans des délais rapprochés » (129).*

Le rapport pour 1974 précise d'ailleurs que, dans ce cas, les avantages « peuvent même ne pas compenser les frais de transport et les frais de rupture de charge résultant de l'éloignement entre le lieu de fabrication et les lieux d'utilisation » (130).

Des réserves se manifestent donc en ce qui concerne les industries à technologie simple. Même dans les cas où les concentrations sont souhaitables et peuvent entraîner un progrès, on court cependant le risque de voir les grandes unités nouvellement constituées confisquer à leur profit exclusif les gains de productivité réalisés. Un mouvement de concentration peut ainsi donner naissance à une position dominante susceptible de mettre en péril la concurrence, en cas d'abus, tout autant qu'une entente. L'affaire de l'industrie

---

(126) On peut regretter que, trop souvent, les avis de la Commission ne précisent pas les techniques de concentration utilisées.

(127) F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., p. 127 et s. ; les auteurs soulignent le fait que, dans quelques cas examinés par la Commission, des entreprises en entente ont brusquement envisagé de fusionner à partir du moment où elles ont appris qu'elles étaient l'objet d'une enquête administrative.

(128) Conseil économique et social, avis précité, p. 1125.

(129) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.

(130) Rapport pour 1974, p. 1208.



des lampes, examinée à dix ans d'intervalle par la Commission, en offre un exemple, bien qu'en l'espèce il n'y ait pas eu d'abus (131).

La création d'une Commission de la concurrence compétente pour contrôler à la fois les ententes, les abus de positions dominantes et les concentrations, devrait permettre une jurisprudence uniforme et une harmonisation des solutions.



569. — Il ressort de l'étude des avis que la Commission, par une interprétation large et pragmatique (132), retient de nombreux types de résultats dans sa recherche de l'existence du progrès économique. Les performances des entreprises en entente sont surtout appréciées en fonction de leurs effets en matière de coût et de prix qui doivent être « satisfaisants », encore que cette notion ne soit pas précisée (133). Plus largement, la Commission estime que le progrès économique suppose une modification des comportements et des structures. Elle a donc encouragé les efforts de restructuration par la voie des concentrations et prêté une grande attention à la vitalité des entreprises et à l'esprit d'initiative des entrepreneurs. La routine, la recherche de la conservation des habitudes ou des situations acquises sont contraires au progrès qui suppose, au contraire, des remises en question. Le progrès économique est, enfin, une notion évolutive (134) marquée par les grandes préoccupations qui ont animé la politique économique au cours des vingt dernières années. Ce progrès s'entend aussi bien de la protection de l'environnement (135) que de celle des consommateurs. A ce dernier égard, la Commission apparaît comme un précurseur : dès les années 1960, en effet, elle retenait, au titre du progrès économique, les actions assurant la protection des consommateurs, soit par une meilleure information (136), soit par la suppression de certaines pratiques frauduleuses (137). Les préoccupations consuméristes ont d'ailleurs conduit la Commission à faire de l'intérêt des consommateurs une condition particulière d'existence du progrès économique.

---

(131) Avis « Industrie des lampes électriques », du 26 mai 1956 et du 22 avr. 1966 ; le danger résultant d'un processus de concentration est d'ailleurs souligné par la Commission elle-même dans le rapport pour les années 1963 à 1966, p. 3.

(132) Rapport pour 1960 à 1962, p. 14.

(133) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op.cit.*, p. 127.

(134) Rapport pour 1973, p. 2605.

(135) La lutte contre la pollution entre dans le champ d'application de l'article 59 ter-2°, avis « Huiles usagées », du 28 mars 1973.

(136) Elle retient, par exemple, le marquage en clair des dates de fabrication, 2ème avis « Levure de panification », du 17 oct. 1964.

(137) Avis « Agrégats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 (l'emploi généralisé de la bascule est porté au crédit de l'entente) ; avis « Producteurs et négociants d'agrégats de la région parisienne », du 5 juil. 1967 (la Commission estime utiles les actions relatives aux règles de livraison destinées à supprimer les pratiques frauduleuses fréquemment constatées dans le transport des agrégats).

## CHAPITRE II

### BENEFICIAIRE DES RESULTATS POSITIFS RETENUS AU TITRE DU PROGRES ECONOMIQUE

570.— En vertu de la jurisprudence de la Commission, il n'y a de progrès économique que si l'entente a des effets bénéfiques supérieurs à ses inconvénients. La question est, alors, de savoir à qui doivent profiter ces effets. Plusieurs hypothèses sont à envisager. On peut estimer, en premier lieu, que la condition relative à l'existence d'un progrès est remplie dès lors que l'entente bénéficie, elle-même, des améliorations qu'elle a suscitées. On peut aller au-delà et décider qu'elle ne pourra se prévaloir des profits obtenus que dans la mesure où elle ne les aura pas confisqués à son bénéfice exclusif.

Dès 1957, la Commission a adopté cette deuxième solution en subordonnant l'existence d'un « progrès économique », au sens de l'article 59 ter-2°, à la répercussion par l'entente d'une partie de ses profits aux consommateurs et à l'économie générale. Il convient donc d'examiner le principe posé (section 1) et son application (section 2).

#### SECTION 1

#### PRINCIPE POSE PAR LA COMMISSION

571.— Une condition particulière relative aux bénéficiaires des résultats de l'entente, non requise par le texte et posée *ex nihilo*,

est apparue en 1957 à propos de l'affaire « Verre plat ». Cette entente avait fourni des justifications sérieuses au titre de la deuxième disposition de l'article 59 ter : investissements, accords de spécialisation, amélioration de la qualité des produits, etc... qui avaient contribué à un abaissement des prix de revient. La Commission a alors posé en principe

*« qu'une entente qui fait état de ses résultats favorables en ce qui concerne la productivité de l'industrie en cause et l'abaissement de ses prix de revient ne saurait utilement s'en prévaloir pour revendiquer le bénéfice de l'article 59 ter que si ces résultats profitent non seulement aux industriels membres de l'entente, mais aussi pour une part importante et équitable à leurs clients et à l'économie générale » (1).*

Le droit au bénéfice de l'article 59 ter est, donc, subordonné à la condition du partage des profits de l'entente. Il s'agit, dès lors, de déterminer les bénéficiaires de ce partage. En vertu de l'avis « Verre plat » ce sont les clients de l'entente et l'économie générale. La question est de savoir ce que recouvrent ces termes, celui de « clients » notamment. Les clients de l'entente sont, en effet, le plus souvent des opérateurs économiques, des distributeurs par exemple, lorsque l'entente est constituée au stade de la production. Il semble, cependant, que la Commission ait eu progressivement une conception plus extensive des bénéficiaires ; des avis ultérieurs précisent ainsi que les résultats favorables doivent profiter aussi « aux consommateurs » (2).

572. — La condition relative aux partages des profits de l'entente, dont le caractère prétorien est reconnu par la Commission elle-même (3), est conforme à l'esprit de la réglementation sinon à sa lettre et s'inscrit dans un vaste mouvement, de plus en plus marqué par des préoccupations consuméristes. Dans cette perspective, la concurrence n'est qu'un moyen dans la recherche du progrès économique.

*« Elle doit avoir pour seule fin la satisfaction du consommateur au meilleur prix dans des conditions où il puisse justement apprécier et comparer les biens et services offerts » (4).*

Cela ne signifie nullement que la recherche de profits par l'entente est illégitime en elle-même, mais que l'adoption de mesures restrictives de la concurrence ne doit pas être exclusivement motivée

(1) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(2) Cf. par ex. les avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Fils et câbles », du 17 mai 1963.

(3) Rapport pour 1957, p. 214.

(4) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 67-835 modifiant celle n° 45-1483, D. 1967. 4. 375.

par des convenances propres au groupement (5). L'avis « Procirep » le rappelle en déclarant que

« la réalisation de profits plus importants par les membres d'une entente n'est pas par elle-même, une circonstance de celles visées à l'article 59 ter-2° » (6).

S'il est légitime que l'entente tire profit de ses propres initiatives dans le sens du progrès économique, les effets bénéfiques invoqués n'ouvrent droit au « rachat » que pour autant qu'ils ont également profité aux clients ou, plus généralement, à la collectivité plutôt qu'au consommateur. Statistiquement, en effet, on constate que beaucoup d'ententes couvrent des produits intermédiaires : dans ce cas, le consommateur n'est qu'indirectement intéressé.

## SECTION 2

### DIFFICULTES D'APPLICATION DU PRINCIPE

573. — La nécessité d'un partage des profits entre l'entente et les consommateurs a été plusieurs fois rappelée par la Commission qui a refusé, pour ce motif, le bénéfice de l'exonération (7). L'application du principe soulève, cependant, certaines difficultés tenant tant à la proportion du partage qu'à la nature des avantages profitables aux consommateurs.

574. — 1°) On peut se demander, en premier lieu, comment interpréter la formule « part importante et équitable » des profits économiques qui doivent être abandonnés aux clients. Le rapport pour 1957 reconnaît qu'il y a là une imprécision et semble considérer que cette notion devra être adaptée à chaque cas d'espèce (8). L'avis « Papiers minces spéciaux », en 1969, se réfère à une notion tout aussi imprécise en subordonnant l'application de l'article 59 ter-2° à la condition de

« faire bénéficier les utilisateurs, dans une *proportion raisonnable*, de la baisse des prix de revient obtenue » (9)

---

(5) Cf. la décision du ministre de l'Economie et des Finances du 3 avr. 1962, faisant suite à l'avis « Aciers étirés », du 16 déc. 1961.

(6) Avis « Procirep », du 25 avr. 1975.

(7) Cf. par ex. les avis « Faux et faucilles », du 17 mai 1961 ; « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 ; « Agrégats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Canalisations de Lyon », des 23 févr. et 17 mars 1972.

(8) Rapport pour 1957, p. 214.



Le degré d'abaissement des prix est donc laissé à l'appréciation de la Commission ; cette marge d'imprécision semble voulue : elle lui permet d'appliquer le principe avec souplesse, conformément à ses méthodes habituelles.

575. — 2°) La question est, en second lieu, de déterminer la nature des avantages dont le consommateur doit bénéficier.

576. — L'accent est incontestablement mis sur les prix. L'avis « Verre plat », premier à poser le principe, indique ainsi que la répercussion des profits « suppose que l'abaissement des prix de revient s'accompagne d'un abaissement des prix de vente » (10). Ce point de vue a été repris dans des avis ultérieurs qui déclarent que « les avantages doivent se traduire dans le domaine des prix » (11), ou encore que

« l'économie nationale ne bénéficie pleinement des résultats obtenus que si une suffisante répercussion en est faite au niveau des prix de vente » (12).

Affinant son raisonnement, la Commission est allée jusqu'à rapprocher à une entente de confisquer à son seul profit les gains de productivité réalisés, bien qu'elle n'ait pas pratiqué de « surprix ». Cette confiscation apparaissait d'autant moins tolérable que ces gains de productivité résultaient en partie de l'utilisation d'un matériel conçu et mis au point par le client, une entreprise nationale. Le bénéfice de l'exonération a donc été refusé au motif que

« si les entreprises en cause ont réalisé des gains de productivité... elles n'en ont pas fait bénéficier leur client unique, c'est-à-dire E.D.F. et, au contraire, en ont conservé pratiquement tout le profit » (13).

577. — Ces exemples conduisent à se demander si d'autres avantages que ceux liés aux prix peuvent être pris en considération. Il n'y a pas de réponse formelle dans les avis. Implicitement, toutefois, la Commission semble décidée à prendre en compte les avantages de toute nature, particulièrement en ce qui concerne la qualité

---

(9) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(10) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(11) Avis « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961.

(12) 2ème avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965 ; de façon assez curieuse, l'avis « Outils agricoles » semble compter sur les circonstances extérieures pour provoquer une baisse des prix à la consommation : après avoir relevé que les mesures entreprises ont conduit à un abaissement des prix de revient, l'avis déclare que les progrès de la mécanisation ainsi que la concurrence qui s'exercera après l'entrée en vigueur du marché commun « seront vraisemblablement de nature à prévenir toute tendance à une augmentation des prix de vente » (avis du 22 juin 1957) ; rapprocher avec la jurisprudence relative à la concurrence résultant des produits de substitution, supra n° 512.

(13) Avis « Canalisations de Lyon », des 23 févr. et 17 mars 1972.

des produits ou des services rendus aux consommateurs (14). Le deuxième avis rendu à propos de l'affaire des câbles s'oriente dans ce sens en imposant que

« le consommateur bénéficie dans une mesure suffisante des améliorations éventuelles en ce qui concerne *tant la production que la distribution* » (15).

On pourrait donc admettre, comme c'est le cas en droit allemand (16), que l'amélioration de la satisfaction des besoins du consommateur peut résulter d'une augmentation de la capacité de livraison par la centralisation de certaines opérations, celles de vente notamment. Cela ressort, *a contrario*, de la position adoptée envers l'entente entre les producteurs d'agréats de la région de Metz (17) : ils invoquaient, en effet, les avantages, résultant de l'allégement des frais généraux, liés au système centralisé de recouvrement des factures. L'avis a simplement estimé que l'entente ne pouvait s'en prévaloir parce que le consommateur n'en avait tiré aucun bénéfice.

578. — Il y a dans cette voie, cependant, une limite que l'on ne saurait franchir. La Commission a eu l'occasion de préciser en 1974 (18), puis en 1975 (19), qu'une entente ne saurait se prévaloir des services rendus à la clientèle pour la concentration des commandes, le stockage et la représentation lorsqu'il s'agit d'une entente entre négociants : ces services, qui sont la fonction même du négoce, résultent de l'exercice normal de la profession et ne sauraient être considérés comme un « progrès » au sens de l'article 59 ter-2°.



579. — La condition d'un partage des profits réalisés entre l'entente et les consommateurs, posée de façon prétorienne, est directement inspirée de l'article 85 § 3 du Traité de Rome dont la Commission a repris les termes presque mot pour mot. Ce texte, en effet, admet la validité des ententes qui « contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ». Après avoir, de la même façon,

---

(14) Avis « Verre plat », précité ; avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(15) 2ème avis « Fils et câbles », du 17 mai 1963.

(16) J. CONRAD, thèse précitée, n° 172.

(17) Avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966.

(18) Rapport pour 1974, p. 1207 ; avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.

(19) Rapport pour 1975, p. 999 ; avis « Gobeletterie », du 16 avr. 1975.

exigé une répercussion des profits « importante et équitable » (20), la Commission, plus nuancée, se contente aujourd'hui d'une répartition « suffisante » (21) ou « raisonnable » (22). Le principe, cependant, reste posé et a été appliqué. Ainsi peut-on conclure que

« le droit positif français tend à se rapprocher sans cesse davantage de la lettre et de l'esprit des règles de concurrence stipulées aux articles 85 et suivants du Traité de Rome » (23).

---

(20) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957.

(21) 2ème avis « Fils et câbles », du 17 mai 1963.

(22) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(23) Rapport pour 1957, p. 214.

## SOUS-TITRE II

---

### DEUXIEME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 ter-2° DEVENU L'ARTICLE 51-2°

#### IMPUTABILITE A L'ENTENTE DU PROGRES ECONOMIQUE

580. — L'article 59 ter-2° relève de la prohibition les ententes, illicites au regard de l'article 59 bis, qui ont eu pour effet « *d'assurer le développement du progrès économique* ». Or, les améliorations constatées dans le secteur d'activité de l'entente peuvent résulter de diverses causes : forte pression concurrentielle due au nombre des dissidents ou à l'existence de produits de substitution, évolution technologique, accroissement général des débouchés, etc... Partant des termes mêmes de l'article 59 ter, la Commission a posé en principe qu'une entente ne peut « *assurer* » le développement du progrès économique que dans la mesure où les avantages qu'elle invoque résultent directement de son action. L'un des tous premiers avis admettait ainsi la validité d'une entente dont les résultats, dans l'ensemble favorables au progrès technique, étaient

« imputables pour partie à l'organisation qui a dirigé cette industrie... et meilleurs que ceux qui auraient été obtenus... sans l'intervention de l'entente » (1).

De même qu'elle subordonne l'application de l'article 59 bis à la condition d'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence, la Commission exige, donc, l'imputabilité à l'entente des progrès constatés pour appliquer l'article 59 ter. Dès 1956, elle a décidé que

« les faits favorables ne deviennent des faits justificatifs que dans la mesure où ils résultent d'une action propre de l'entente et non des données extérieures (...) de la conjoncture et du marché » (2).

581. — Sans cesse réaffirmée depuis lors (3), cette position est parfaitement logique : on ne saurait, en effet, concevoir l'application d'un fait justificatif en l'absence de justification. Or, le progrès

---

(1) Avis « Meules et produits abrasifs agglomérés », du 17 déc. 1955.

(2) Rapport pour 1956, p. 18 ; 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(3) Rapport pour 1970, p. 419 ; Rapport pour 1972, p. 26 ; Rapport pour 1973, p. 2605 ; Rapport pour 1974, p. 1207 ; Rapport pour 1975, p. 999.



économique n'a ce caractère que dans la mesure où l'entente y a contribué et l'a recherché. Sans cette participation, il ne peut être question de « racheter » une entente dont l'objet ou les effets sont exclusivement de restreindre la concurrence. La Commission tend, d'ailleurs, à se montrer sévère dans ce cas, estimant « difficilement tolérable » que des entreprises organisent des « montages » extrêmement nocifs sans même se préoccuper d'entreprendre la moindre action en faveur du progrès économique (4). Dans les hypothèses, heureusement plus fréquentes, où certaines initiatives ont été prises et où des améliorations sont observées, l'article 59 ter demeure inapplicable s'il apparaît que les progrès enregistrés sont exclusivement imputables à une cause étrangère : évolution économique générale se traduisant par l'accroissement des débouchés (5), évolution de la technique industrielle (6), maintien d'une vive concurrence extérieure (7), structure très concentrée de la profession (8), développement de l'ensemble du marché (9).

582. — Il convient, dès lors, de rechercher ce que recouvre la condition d'imputabilité à l'entente du progrès économique. Derrière cette expression, il semble qu'il y ait, en réalité, deux séries d'exigences relatives tant à la causalité entre l'entente et le progrès invoqué qu'à l'adéquation entre les pratiques suivies et les améliorations obtenues.

On pourrait objecter que, dans son rapport pour 1973, la Commission semble poser deux conditions distinctes en rappelant sa fidélité

« aux conditions qu'elle a depuis longtemps posées pour que soit reconnu le bénéfice de l'article 59 ter-2° : condition d'imputabilité des avantages obtenus à l'entente et d'adéquation entre les pratiques restrictives et les effets positifs » (10).

Il n'y a pourtant pas simple juxtaposition de deux exigences différentes mais prolongement d'une exigence tenant à la réalité de l'imputabilité, et s'exprimant par la nécessité d'un lien de causalité entre l'entente et le progrès, par une seconde exigence tenant à la qualité de cette imputabilité, qui s'exprime par la nécessité d'une adéquation entre l'effet néfaste de l'entente, l'entrave à la concurrence, et ses effets positifs, la contribution effective au progrès économique. Il reste à préciser ces conditions. Nous envisagerons donc successivement l'exigence d'un lien de causalité entre l'entente et le progrès constaté (Chapitre I) et celle d'une adéquation entre l'entrave et le progrès réalisé (Chapitre II).

(4) Rapport pour 1968, p. 483.

(5) Avis « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960.

(6) Avis « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(7) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

(8) Avis « Tubes d'acier », précité.

(9) Avis « Carbure de tungstène », du 20 sept. 1974.

(10) Rapport pour 1973, p. 2605.

## CHAPITRE I

### EXIGENCE D'UN LIEN DE CAUSALITE ENTRE L'ENTENTE ET LE PROGRES CONSTATE

583. — La constatation par la Commission d'un progrès économique ne suffit pas à ouvrir droit au bénéfice des dispositions de l'article 59 ter-2°. Elle exige, en outre, que ce progrès résulte de l'action de l'entente. Il ne saurait logiquement y avoir justification lorsque l'évolution économique favorable d'un secteur est sans aucun rapport avec les pratiques mises en œuvre (1).

584. — Cette exigence d'un lien de causalité entre l'entente et le progrès économique appelle quelques précisions préalables. Le problème s'est posé, en effet, de savoir si des améliorations dues aux efforts individuels des entreprises adhérentes pouvaient être retenues au titre de l'article 59 ter-2°. La réponse a été négative.

En 1960, déjà, la Commission avait été amenée à constater que, lorsque les entreprises conservent leur totale indépendance dans certains domaines, les investissements par exemple, il n'en résulte aucun des avantages habituels de l'entente sur ce plan (2). De manière

---

(1) Cf. par ex. l'avis « Pépiniéristes », du 21 janv. 1972 : la Commission insiste sur l'absence totale de rapport entre, d'une part, la mise en œuvre de pratiques de prix uniformes et, d'autre part, la modernisation des installations de vente et des exploitations, l'amélioration de la qualité des produits et l'effort de rationalisation entrepris.

(2) Avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960

plus précise, l'avis « Semoulerie » affirme qu'entreprendre des efforts

« sur une base individuelle, sans souci d'améliorer la productivité de l'ensemble de la profession, ne peut être considéré comme une contribution de l'entente au progrès économique au sens de l'article 59 ter » (3).

On ne peut donc porter au crédit de l'entente les avantages résultant d'efforts individuels (4). Une action positive collective est requise. Cette condition est parfaitement symétrique de celle exigée pour l'application de l'article 59 bis : de même que la qualification d'entente illicite est impossible en l'absence de concertation des entreprises (5), le « rachat » n'est envisageable que si les efforts ont été entrepris en commun.

Plusieurs affaires, en 1973 et 1974, ont permis à la Commission de préciser et d'affiner son raisonnement en indiquant que le lien de causalité entre l'entente et le progrès s'apprécie par rapport à l'entente elle-même et non par rapport aux entreprises qui la composent. Il est, donc, indispensable que le groupement auteur des initiatives positives soit le même que celui qui a mis en œuvre les pratiques restrictives. Cela ressort des avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence » (6). Les adhérents de ces ententes, constituée chacune sous la forme d'un G.I.E., invoquaient les améliorations résultant d'actions d'intérêt commun menées dans le domaine de la publicité, des études et de la normalisation. Leur prétention a été rejetée au motif que

*« la plupart de ces actions sont à porter en réalité au crédit d'institutions spécialisées... sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait que les mêmes entreprises se retrouvent, par la force des choses, au sein des différents organismes intéressant la profession » (7).*

Pour constituer une « justification » au sens de l'article 59 ter-2°, le progrès invoqué doit être imputable à l'entente *en tant que telle*. L'existence du lien de causalité suppose ainsi une parfaite identité entre le groupement constituant l'entente et l'organisme à l'origine du progrès.

585. — Ces précisions apportées, il convient alors d'envisager le contenu de l'exigence tenant au lien de causalité proprement dit. Très succinctement rédigé, l'article 59 ter n'en donne aucune définition puisqu'il se contente de déclarer que les ententes « ayant pour effet d'assurer le développement du progrès économique » ne sont pas visées par la prohibition. Il est donc nécessaire d'examiner, à travers

(3) 1er avis « Semoulerie », du 22 févr. 1964.

(4) 1er avis « Carreaux de grès », du 23 janv. 1965.

(5) Rapport pour 1972, p. 25.

(6) 2ème avis « Carreaux de grès » et « Carreaux de faïence », du 21 sept. 1973.

(7) Cf. également l'avis « Carburant de tungstène », du 29 sept. 1974.

les avis, la nature (Section 1) et les caractères (Section 2) du lien de causalité requis pour l'admission du fait justificatif prévu par l'article 59 ter-2°.

## SECTION 1

### NATURE DU LIEN DE CAUSALITE

586. — A la différence de l'article 59 bis qui prévoit une imputabilité de l'entrave à l'entente, tant en raison de son objet que de ses effets, soit alternativement, soit cumulativement, l'article 59 ter-2° se réfère exclusivement aux « effets ». Il semblerait, donc, que les intentions n'aient pas à être considérées ici. De fait, la Commission accorde, conformément au texte, une grande attention aux effets réels de l'entente (§ 1). Sa démarche se rapproche, cependant, de celle pratiquée au niveau de l'article 59 bis par la prise en considération de l'objet (§ 2).

#### § 1. — Définition fondée sur les effets de l'entente

587. — Aux termes de l'article 59 ter-2°, le rapport de causalité entre l'entente et le progrès auquel elle prétend avoir contribué s'apprécie en termes d'effets. Exiger que l'entente ait eu « pour effet d'assurer le développement du progrès économique » revient à subordonner le « rachat » à la condition que les effets bénéfiques constatés aient pour cause déterminante l'action de l'entente. Or, de multiples facteurs peuvent intervenir. Rattacher le progrès économique constaté dans un secteur donné à l'activité d'une entente est une tâche d'autant plus complexe qu'il n'existe pas de théorie économique générale permettant de lier avec certitude telle restriction de concurrence à telle amélioration (8). La Commission a dû imaginer une méthode lui permettant de résoudre au mieux ces difficultés. Dans ce but, elle procède à la comparaison des performances invoquées par l'entente et des résultats qui auraient vraisemblablement été obtenus en situation concurrentielle, c'est-à-dire si l'entente n'avait pas existé. Le premier rapport insiste sur cette méthode comparative :

« lorsqu'une entente fait valoir qu'elle a sauvé de la régression, voire de la disparition, une branche de l'industrie nationale la Commission apprécie les effets réels de cette entente sur la production et sur le marché par rapport aux conséquences qu'eût vraisemblablement entraînées le libre jeu de la concurrence » (9).

— (8) F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., p. 122.

(9) Rapport pour 1954 et 1955, p. 6 ; supra, n° 510 et s.



La comparaison d'effets concrets avec des effets, certes vraisemblables, mais tout de même hypothétiques, est malaisée et nécessairement arbitraire. Chaque fois que cela est possible, la Commission préfère mettre en balance plusieurs situations réelles :

« elle peut ainsi être amenée à comparer les prix de revient et de vente ainsi que les niveaux de production et de consommation des produits considérés en France et à l'étranger et à rechercher si l'existence de l'entente a ou non favorisé l'exportation de produits français » (10).

Le rapport de causalité entre l'entente et le progrès est donc révélé par deux sortes de comparaisons : celle avec les performances sur les marchés concurrentiels en France, d'une part, et celle avec les performances réalisées sur les marchés étrangers, d'autre part.

#### A. — COMPARAISON DES EFFETS DE L'ENTENTE AVEC LES PERFORMANCES CONSTATÉES SUR LES MARCHÉS CONCURRENTIELS FRANÇAIS

588. — L'existence ou l'absence du lien de causalité entre l'action de l'entente et le progrès se révèle facilement par la comparaison des effets de l'entente avec les performances réalisées par les dissidents (11). L'avis « Tuyaux en caoutchouc » relève, par exemple, que

« si on peut noter dans l'ensemble de l'industrie une certaine tendance à la rationalisation et à la spécialisation, en même temps qu'un effort d'exportation non négligeable, il n'apparaît pas que ces mesures qui se rencontrent chez les dissidents au moins au même degré que chez les membres de l'entente puissent être rattachées à l'action de cette dernière » (12).

En l'absence de dissidents, cependant, la méthode s'avère beaucoup plus difficile à mettre en œuvre. Elle oblige la Commission à se prononcer sur ce qu'auraient pu ou dû être les performances si le marché avait été concurrentiel. Or, MM. Jenny et Weber estiment que ces domaines échappent aux prévisions de la théorie. Ils font ainsi observer que l'application de l'article 59 ter soulève de nombreuses difficultés, ainsi qu'en témoignent plusieurs avis (13).

---

(10) Ibid.

(11) 1er avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958.

(12) Avis « Tuyaux en caoutchouc », du 21 mai 1960.

(13) F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., p. 122 et s. ; ils critiquent, par exemple, l'affirmation selon laquelle l'entente « Meules et produits abrasifs » (avis du 17 déc. 1955), caractérisée par la fixation de prix minima et de remises cartellisées, aurait « permis le développement d'une industrie nationale » et obtenu des résultats « meilleurs que ceux qui auraient été obtenus... sans l'intervention de l'entente » ; la Commission se fondait sur le développement notable de cette industrie depuis 1928, d'une part, et sur la diminution des coûts en termes relatifs pendant ce temps, d'autre part ; ces auteurs s'interrogent alors sur le critère utilisé par la Commission pour mesurer le degré de développement d'une industrie pendant une période de vingt-cinq ans : on peut, en effet, penser que dans le même laps de temps la plupart des

## B. — COMPARAISON DES EFFETS DE L'ENTENTE AVEC LES PERFORMANCES CONSTATEES SUR LES MARCHES ETRANGERS

589. — La comparaison avec les marchés étrangers permet également d'apprécier les progrès résultant de l'action de l'entente et de lui accorder le bénéfice de l'exonération lorsque

« ces efforts, maintenus pendant plusieurs années, paraissent avoir porté la profession à un niveau technique qui la met en mesure de soutenir la comparaison avec les ensembles étrangers » (14).

L'avis « Industrie des lampes » remarque, de même :

« les pratiques... ont permis aujourd'hui l'existence d'une industrie implantée sur le sol national et qui, avec une main-d'œuvre française et des capitaux en majeure partie français, répond aux besoins du pays dans des conditions de prix et de qualité normales et sans compromettre l'avenir » (15).

Inversement, le bénéfice de l'exemption est refusé aux « Fabricants de munitions » dans la mesure où

« depuis 1913 la vente en France de munitions de chasse et de tir ne progresse pas, contrairement à ce qui se passe dans certains autres pays, notamment en Italie et aux Etats-Unis » (16).

590. — MM. Jenny et Weber font alors observer que cette méthode de comparaison peut conduire à des erreurs de jugement si les marchés auxquels on se réfère ne sont pas eux-mêmes concurrentiels. Or, il est très difficile de savoir quelles sont les conditions qui prévalent sur ces marchés (17). Le raisonnement peut paraître encore plus contestable lorsqu'il est établi que les conditions du marché sont différentes (18). L'existence de cartels internationaux, enfin, qui

industries se sont développées de la même manière ; quant à la baisse des coûts, l'argument n'aurait « en soi aucun sens tant que l'on ne sait pas de combien ce coût aurait diminué, en termes relatifs, si l'entente n'avait pas existé » ; certaines remarques de l'avis, relatives aux exportations négligeables et aux menaces liées à l'ouverture des barrières douanières, incitent à penser que la baisse du coût du meulage n'a pas été suffisante par rapport à celle des autres pays européens et que les marchés étrangers étaient peut-être, au moment de l'avis, plus concurrentiels.

(14) 2ème avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963.

(15) Avis « Industrie des lampes », du 22 avr. 1966 ; v. également l'avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964.

(16) Avis « Munitions de chasse et de tir », du 18 janv. 1964.

(17) F. JENNY et A.-P. WEBER, op. cit., loc. cit.

(18) Les fabricants de munitions de chasse ont ainsi prétendu que les conditions de la concurrence dans la C.E.E. étaient affectées par certaines dispositions italiennes, notamment d'ordre fiscal ; la Commission s'est déclarée incompétente pour apprécier le bien-fondé de cet argument ; quant au ministre de l'Economie et des Finances, il a estimé que la concurrence étrangère ne représentait pas une menace grave pour cette industrie, et que les problèmes posés par la différence des régimes fiscaux nationaux ne justifiaient pas, en tout état de cause, des pratiques restrictives contraires à la fois au Traité de Rome et à la législation française (avis du 18 janv. 1964 et décision du ministre de l'Economie et des Finances du 27 juil. 1964).

affectent les flux d'échanges dans des industries comme celles des tubes d'acier, tuyaux en fonte, lampes électriques, papiers minces spéciaux, peut rendre cette comparaison encore plus malaisée (19).

## § 2. — Définition fondée sur l'objet de l'entente

591. — Bien qu'il n'en soit nullement question dans l'article 59 ter, la Commission paraît tenir compte non seulement des résultats effectifs de l'entente mais également de ses objectifs. A la différence de l'attitude adoptée au stade de l'incrimination, l'objet non suivi d'effets est insuffisant à justifier l'entente (20). Les intentions sont essentiellement retenues dans la mesure où elles confirment l'analyse des effets.

Ainsi, après avoir constaté un double effort de normalisation et de spécialisation des fabrications ayant permis d'obtenir des résultats satisfaisants dans le secteur des petits articles métalliques, la Commission souligne-t-elle que

« cet effort est devenu... l'objet fondamental de l'entente, le système de quotas... étant l'indispensable contrepartie d'un accord général suivi d'accords particuliers de spécialisation » (21).

De même, le but visé par l'entente est mis en évidence dans l'avis relatif à l'entente entre filateurs de coton :

« l'action concertée de l'association a eu pour cause déterminante non pas la volonté de parvenir à un contrôle à des fins purement protectionnistes d'une part au moins du marché, mais au contraire le souci de mettre les adhérents en mesure de riposter à la concurrence sans justification économique de certains producteurs » (22).

592. — Le bénéfice de l'article 59 ter sera, en revanche, refusé même si l'entente a, par son existence, facilité la normalisation des produits et la surveillance de leur qualité, alors « que tel n'a été ni son objet ni son résultat principal » (23).

Les améliorations qui pourraient résulter de l'entente ne lui seront pas plus imputées lorsqu'une volonté anticoncurrentielle marquée est constatée par la Commission. Aussi refuse-t-elle d'admettre que l'entente entre les conserveurs de champignons de couche ait été la cause d'un progrès, puisque

« si un mouvement d'assainissement des structures... s'est bien produit, il n'en reste pas moins que, par essence, l'objet du protocole était de réduire l'ampleur de ce mouvement » (24).

(19) F. JENNY et A.-P. WEBER, *op. cit.*, p. 130

(20) Sur l'imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction de son objet, *supra*, n° 391 et s.

(21) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.

(22) Avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », du 23 mars 1968.

(23) Avis « Amiante-Ciment », du 16 juin 1967.

(24) Avis « Conserverie des champignons de couche », du 18 oct. 1968.

Pour la Commission, les professionnels ne peuvent donc prétendre avoir été les artisans d'un progrès économique lorsque leur intention était de mettre en œuvre des pratiques contraires aux exigences de l'intérêt national (25). Les résultats positifs, s'il en existe, ne constitueront pas une « justification » au sens de l'article 59 ter, même s'ils sont pris en considération au stade des suites à donner à l'affaire. Il ne saurait être question de justifier une entente dont les bonnes intentions ne se sont pas traduites dans les faits (26). Celle qui, par ailleurs, obtiendrait des résultats positifs presque « par hasard » ne serait pas véritablement une « bonne » entente. La prise en considération de l'objet, qui confirme celle des effets, s'inscrit dans la ligne générale de la jurisprudence de la Commission qui conçoit son rôle comme un rôle d'éducation : mettre l'accent sur les objectifs constitue, alors, une incitation à la participation active et résolue des entreprises au développement du progrès économique.

## SECTION 2

### CARACTERES DU LIEN DE CAUSALITE

593. — L'existence d'un lien de cause à effet entre l'entente et les améliorations invoquées est une condition nécessaire à l'application d'une justification subordonnée à la contribution au progrès économique. La question est de savoir si elle est, également, suffisante. En d'autres termes, il faut rechercher si un lien quelconque entre l'entente et les effets bénéfiques constatés ouvre droit au bénéfice de l'exonération. Deux questions doivent être envisagées tenant au caractère partiel ou exclusif (§ 1), direct ou indirect (§ 2), du lien de causalité requis pour la justification de l'entente.

#### § 1. — Caractère partiel ou exclusif du lien de causalité

594. — En vertu de la condition d'imputabilité, posée dès 1957, il ne saurait être question de « racheter » une entente lorsque les avantages invoqués ne lui sont absolument pas imputables (27). Il est plus délicat de se prononcer lorsqu'il apparaît que l'entente a réellement contribué au développement du progrès économique. Le problème se pose, dans ce cas, de savoir si une contribution soit par-

---

(25) *A contrario*, cf. l'avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », précité.

(26) Avis « Savon de ménage », du 23 avr. 1955

(27) *Supra*, n° 580 et s.



tielle, soit totale mais réalisée par des moyens inutiles, peut justifier une entente condamnable au regard de l'article 59 bis.

#### A. — APPLICABILITE DE L'ARTICLE 59 TER-2° LORSQUE LE PROGRES N'EST QUE PARTIELLEMENT IMPUTABLE A L'ENTENTE

595. — Lorsque l'entente a partiellement contribué au développement du progrès économique, deux situations sont à envisager : les résultats invoqués peuvent, d'une part, être quantitativement importants mais imputables en partie à une cause étrangère ; inversement, leur insuffisance peut ne pas être totalement imputable à l'entente et résulter partiellement de facteurs étrangers.

##### 1°) SUFFISANCE DES RESULTATS PARTIELLEMENT DUE A UNE CAUSE ETRANGERE :

596. — La Commission a eu plusieurs fois à se prononcer sur l'admission au bénéfice de l'exonération d'ententes ayant contribué en partie au développement du progrès économique : un lien de causalité partiel ne suffit pas, en principe, à justifier l'entente (28). Cela ressort très nettement de l'avis « Verres de lunettes » qui remarque que les résultats très satisfaisants enregistrés dans le domaine de l'extension des débouchés ne sont pas

« essentiellement imputables à l'action... des fabricants groupés dans l'entente, mais à l'influence de facteurs économiques et sociaux... Dans ces conditions, l'amélioration et l'extension des débouchés ne sauraient ouvrir à l'entente considérée le bénéfice de l'article 59 ter » (29).

Il en va de même lorsque la participation de l'entente au développement du progrès économique est non seulement partielle mais également trop récente pour permettre une juste appréciation (30).

Le fait que l'entente ait contribué, au moins pour partie, aux améliorations qu'elle invoque justifie, toutefois, un traitement relativement indulgent. La Commission prend donc en considération les efforts mis en œuvre soit à titre de circonstances atténuantes (31), soit pour accorder à l'entente un délai au terme duquel le bénéfice

---

(28) Cf. les avis : « Carbone de tungstène », du 20 sept. 1974 ; « Tubes d'acier », du 1er avr. 1960 ; « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960 ; « Faux et faucilles », du 17 mars 1961.

(29) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 : au nombre des facteurs extérieurs à l'entente ayant contribué à ces améliorations, l'avis relève l'amélioration du niveau de vie, le financement d'une partie de la demande par la sécurité sociale et le perfectionnement des techniques médicales ayant entraîné le développement du port des lunettes et la diversification des types de verres employés.

(30) Avis « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968.

(31) Cf., à titre d'exemple, l'avis « Matériaux de viabilité », du 5 nov. 1960.

de l'article 59 ter pourra lui être accordé sous réserve de l'observation de certaines obligations concernant tant la suppression de certaines restrictions de concurrence que la poursuite et le développement des efforts entrepris (32).

## 2°) INSUFFISANCE DES RESULTATS PARTIELLEMENT DUE A UNE CAUSE ETRANGERE

597. — Les membres de l'entente invoquent parfois à titre de justification l'intervention de facteurs étrangers doublement néfastes en ce qu'ils provoquent, d'une part, la constitution de l'entente et empêchent, d'autre part, d'aboutir à des résultats suffisants. Dès 1956, la Commission a admis que

« des constatations qui inclineraient à un jugement défavorable... peuvent ne pas être retenues à la charge des industriels intéressés s'il apparaît que les conditions du marché se trouvent modifiées moins par leur action que par celle des acheteurs » (33).

Il ne saurait, toutefois, être question d'admettre que les contraintes propres aux marchés publics ou le comportement fautif d'autres agents économiques (34) « justifient » la création et le fonctionnement d'une entente illicite même si, dans certains cas, la Commission admet que les circonstances « peuvent favoriser, par une action sinon légitime du moins assez naturelle, une entente entre les fournisseurs » (35). Tout au plus pourra-t-on retenir ces éléments à titre de circonstances atténuantes de la gravité des pratiques (36).

Une attitude plus indulgente se manifeste, en revanche, lorsqu'un effort réel a été entrepris et que l'insuffisance des résultats obtenus est, en majeure partie, due à des circonstances indépendantes de la volonté des membres de l'entente. L'avis « Verres de lunettes » (37), après avoir relevé le caractère limité des résultats dans le domaine de la spécialisation, reconnaît que « ce caractère limité est, pour l'essentiel, imputable à la difficulté de réaliser cet objectif ».

En conséquence, alors même que l'article 59 ter ne peut être appliqué immédiatement et définitivement, il est tenu compte de l'effort des professionnels pour leur accorder un délai, et bénéficier ainsi ultérieurement du fait justificatif.

(32) Cf., à titre d'exemple, les avis « Aciers étirés », du 16 déc. 1961 ; « Verres de lunettes », du 16 juin 1961 ; « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968 ; infra n° 619 et s.

(33) Rapport pour 1956, p. 18 ; 1er avis « Fils et câbles », du 19 janv. 1957.

(34) Avis « Procirep », des 21 mars et 25 avr. 1975 ; Rapport pour 1975, p. 999.

(35) Rapport pour 1956, p. 18.

(36) Avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968 : l'entente, ayant invoqué les pressions auxquelles seraient soumis les membres en raison tant de la cartellisation des producteurs étrangers que de l'étroitesse du marché intérieur et de la menace liée à la concurrence de produits de substitution, a pu bénéficier d'un délai pour réformer ses accords et ses pratiques.

(37) Avis « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

## B. — APPLICABILITE DE L'ARTICLE 59 TER-2° LORSQUE LE PROGRES EST TOTALEMENT IMPUTABLE A L'ENTENTE

598. — Lorsque l'entente est la cause unique des progrès invoqués, la situation ne semble pas devoir poser de problèmes. Un examen plus approfondi des avis montre, cependant, que certains résultats auraient pu être obtenus, plus ou moins aisément, par d'autres voies que la mise en œuvre de pratiques restrictives. On peut, alors, se demander si la justification doit tout de même jouer ou si on doit, au contraire, en limiter l'application aux hypothèses où les entraves s'avèrent indispensables à la réalisation des améliorations. A pareille question la Commission a répondu en posant en principe que l'entente doit être le seul moyen de parvenir aux résultats invoqués. La mise en œuvre du principe ne va pas, toutefois, sans difficultés.

### 1°) PRINCIPLE POSE PAR LA COMMISSION : L'ENTENTE DOIT ETRE LE SEUL MOYEN D'ASSURER LE PROGRES ECONOMIQUE INVOQUE :

599. — Le fait que l'entente soit la cause unique des résultats positifs ne peut suffire à la justifier si ces améliorations pouvaient être obtenues par d'autres moyens que les restrictions de concurrence. La libre concurrence est, en effet, la règle ; la justification des entraves, l'exception. En conséquence, l'article 59 ter doit être interprété et appliqué strictement.

De fait, la jurisprudence de la Commission s'est, très tôt, orientée dans cette direction ainsi qu'en témoignent deux avis de 1959. Celui relatif à l'affaire « Marché de la langouste » (38) déclarait ainsi :

« les pratiques de l'entente, qui n'étaient pas nécessaires pour assurer le développement de la production et l'extension des débouchés, ne permettent pas d'admettre que les justifications prévues à l'article 59 ter... soient réunies ».

L'avis « Meunerie parisienne » refusait, de même, d'appliquer l'article 59 ter au motif que

« les résultats positifs... peuvent être tenus pour établis mais qu'ils n'impliquaient pas nécessairement une politique de répartition des droits au travail assorti d'un système de primes et de pénalités, ni la pratique du prix de vente maximum » (39).

Le rapport pour 1960 à 1962 confirme qu'il ne s'agissait pas de décisions de circonstance en posant en principe que les résultats satisfaisants obtenus dans un secteur économique ne peuvent être

(38) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959.

(39) Avis « Meunerie parisienne », du 18 déc. 1959.

retenus comme justification, au sens de l'article 59 ter, « lorsque ces résultats auraient pu être obtenus sans recourir aux pratiques reprochées à l'entente » (40) :

« la limitation de la concurrence... ne peut être et demeurer justifiée que dans la mesure où elle est strictement et exclusivement nécessaire à la réalisation des objectifs visés à l'article 59 ter » (41).

La concurrence n'est qu'un moyen dans la recherche du progrès économique. De même que la concurrence est un moyen, les pratiques la restreignant doivent être un moyen et non une fin. Cela ressort bien du deuxième avis rendu à propos de l'affaire des lampes :

« les clauses qui restreignent la concurrence entre les parties ont constitué en droit comme en fait... non pas la fin même de ces accords, mais seulement la condition de la rationalisation et de la spécialisation qui commandaient le renforcement de structure recherché » (42).

L'exigence d'un lien de causalité exclusif entre l'entente et le progrès suppose que les restrictions de concurrence soient la condition *sine qua non* des améliorations (43).

## 2°) MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE

600. — Le principe posé est clair ; sa mise en œuvre peut être complexe. L'observation des avis conduit à s'interroger tant sur la preuve du caractère nécessaire des pratiques restrictives que sur les éléments d'appréciation de cette nécessité.

601. — a) S'agissant de la preuve, il semble parfois que la Commission en fasse peser la charge sur les auteurs des pratiques lorsqu'elle refuse, par exemple, de prendre en compte des résultats remarquables dus à l'entente parce qu'il « n'a pas été démontré que ces résultats n'auraient pu être obtenus par d'autres moyens que par l'emploi de pratiques restrictives de la concurrence » (44). Dans la plupart des cas, cependant, les formules utilisées permettent de penser que cet aspect du problème n'a qu'une importance secondaire (45).

602. — b) S'agissant des éléments retenus pour apprécier le caractère indispensable des pratiques, la plus grande attention est

(40) Rapport pour 1960 à 1962, p. 14 ; avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Bois du Nord », du 17 déc. 1960 ; « Verres de lunettes », du 16 juin 1961.

(41) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(42) Avis « Industrie des lampes », du 22 avr. 1966.

(43) En conséquence, l'entente, dont les pratiques ont eu pour seul but de protéger des productions françaises non compétitives contre la concurrence étrangère, ne peut être rachetée (avis « Articles de visserie », du 18 févr. 1965).

..(44) Avis « Fil mousse de nylon », du 22 juin 1962.

(45) Cf. par ex. l'avis « Sacs en papier », du 19 janv. 1968.



accordée à l'importance et à la nature des résultats invoqués à titre de justification.

603. — Les résultats dont se prévaut l'entente doivent être meilleurs que ceux qui auraient été obtenus en son absence (46). C'est ainsi que l'emploi généralisé de la bascule, visant à supprimer certaines pratiques frauduleuses préjudiciables aux consommateurs, peut être considéré comme un résultat positif mais certes pas comme la condition nécessaire d'une entente illicite (47). De même, l'avis « Sucres dénaturés » relève :

« le seul élément positif de l'entente aura été de rendre plus aisé par les pouvoirs publics le contrôle technique des centres de dénaturation mais (...) ce résultat aurait pu être atteint par d'autres voies » (48) (49).

En 1974 et 1975, la Commission a eu l'occasion d'envisager de nouveaux cas d'inapplicabilité de l'article 59 ter résultant du défaut de nécessité des pratiques restrictives. L'avis « Carbone de tungstène » met en évidence le fait que la condition de participation au progrès économique n'est pas remplie lorsque les seuls effets bénéfiques invoqués résultent de l'exercice normal de la profession (50), car ils doivent être atteints sans restriction de la concurrence. La Commission fait, en particulier, remarquer aux négociants que les avantages offerts à la clientèle sous forme de concentration des commandes, stockage, représentation et garanties de solvabilité sont de l'essence même de leur fonction. En conséquence, ces fonctions doivent

« lorsqu'elles sont correctement remplies, trouver leur rémunération dans le cadre d'une concurrence normale » (51) et « il n'est pas nécessaire pour y parvenir de recourir à des pratiques anticoncurrentielles » (52).

(46) Bien que la Commission soit favorable aux concentrations, l'exonération est subordonnée à la constatation que « l'entente soit mieux à même qu'un régime de concurrence de conduire aux concentrations nécessaires » (2ème avis « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965).

(47) Avis « Producteurs d'agréats de la région de Metz », du 21 oct. 1966.

(48) Avis « Sucres dénaturés », du 17 mars 1971.

(49) A titre d'exemple du défaut de nécessité, on peut citer les cas suivants : une entente de prix, remises cartellisées et répartition quantitative du marché n'est pas nécessaire à la constitution d'accords de normalisation (avis « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960) ; les services documentaires, financiers et commerciaux rendus par une organisation professionnelle à ses adhérents ne nécessitent pas une répartition régionale rigide du marché (avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960) ; la recherche de l'extension ou du maintien des débouchés de la production ne justifie pas la vente à un prix imposé, les limites à l'exercice de la profession par l'institution d'une carte professionnelle, et la mise en place de nouvelles restrictions de concurrence à celles qu'impliquait déjà la réglementation en vigueur (avis « Vins doux naturels », du 24 sept. 1976).

(50) Avis « Carbone de tungstène », du 20 sept. 1974.

(51) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974 ; Rapport pour 1974, p. 1207.

(52) Avis « Gobeletterie », du 16 avr. 1975 ; Rapport pour 1975, p. 999.

604. — Devant la multiplicité de ces refus, on peut se demander si le caractère indispensable des pratiques est parfois admis (53). Un certain nombre d'avis permettent de répondre par l'affirmative (54) ; deux d'entre eux méritent plus particulièrement d'être cités.

La première affaire est celle de l'industrie des lampes (55) à propos de laquelle la Commission a relevé l'existence de conventions comportant certaines clauses anticoncurrentielles : contingentement des ventes assorti de pénalisation et partage des marchés extérieurs, notamment. Leur application n'avait, toutefois, pas joué au bénéfice du groupe le plus puissant et constitué, au contraire, un stimulant de l'action de son cocontractant. Après avoir constaté que la mise en œuvre des accords avait permis un renforcement de l'industrie française des lampes face à l'accroissement de la concurrence internationale sans que le groupe Philips n'use de sa prépondérance pour faire disparaître la concurrence, l'avis a jugé que les pratiques mises en œuvre étaient réellement indispensables à la réalisation du progrès et devaient conduire à la renaissance de la concurrence entre groupes plus fortement concentrés.

Le deuxième exemple, plus récent, est celui de l'affaire « Fiorio » (56). On sait qu'en règle générale la Commission condamne les clauses de partage géographique des marchés. Pour la première fois elle a admis qu'une telle clause peut contribuer au développement du progrès économique lorsqu'elle apparaît comme

« le seul moyen d'apporter aux concessionnaires d'un procédé de préfabrication le minimum de garanties touchant aux débouchés, qui leur est nécessaire pour faire face aux investissements et autres charges spécifiques qui leur sont imposées pour la mise en œuvre de ce procédé » (57).

---

(53) Il semble qu'en présence de résultats très importants, la Commission pourrait se contenter de la constatation que les pratiques ont « facilité » le développement du progrès (2ème avis « Verre creux mécanique », du 21 mai 1976).

(54) Les efforts efficaces d'investissement, de rationalisation et de spécialisation justifient une entente entre producteurs avec fixation de parts d'activité souples, versement de redevances affectées à un organisme d'intérêt commun et remises cartellisées de taux modéré (avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963) ; la coopération technique entre les adhérents, la création d'un comptoir commun de vente, l'aide technique et financière à l'exportation, les mesures tendant au maintien du plein emploi justifient une entente sur les prix permettant de riposter à la concurrence économiquement injustifiée de certains producteurs (avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968) ; la spécialisation commerciale, l'abaissement des coûts de commercialisation, l'accroissement des ventes et le maintien des exportations justifient une entente réglementant la distribution par la répartition géographique des livraisons et l'établissement d'un prix moyen pondéré surtout lorsque la concurrence se maintient avec les producteurs non associés et qu'il n'y a pas eu de position collective dominante (avis « Ciments et liants hydrauliques », du 26 juin 1969).

(55) Avis « Industrie des lampes », du 22 avr. 1966.

(56) Avis « Fiorio » des 21 juin et 8 nov. 1974.

(57) Rapport pour 1974, p. 1208.

## § 2. — Caractère direct ou indirect du lien de causalité

605. — Les auteurs de pratiques restrictives sont parfois tentés, ainsi qu'en témoignent certaines affaires, d'invoquer, pour justifier l'entente, des résultats ayant un rapport plus ou moins éloigné avec les restrictions de concurrence. La question est, alors, de savoir si la Commission admet un lien de causalité indirect ou requiert un lien direct pour appliquer l'article 59 ter. Le problème doit être envisagé du point de vue tant des secteurs d'activité que des territoires concernés par l'entente.

### A. — QUANT AUX SECTEURS D'ACTIVITE CONCERNES :

606. — Le problème est de savoir si les progrès invoqués constituent une justification seulement lorsqu'ils se rapportent directement au secteur d'activité de l'entente ou si des bénéfices obtenus dans des secteurs voisins entrent également dans le champ d'application de l'article 59 ter-2°.

607. — L'admission, à titre de justification, des résultats positifs constatés en dehors du secteur d'activité de l'entente a été revendiquée en 1957 par les membres des ententes professionnelles dans le domaine de la publicité (58). Ils soutenaient que la fonction publicitaire, ayant « des effets heureux dans la normalisation de la production et l'abaissement des prix de revient et de vente des divers articles proposés à la consommation », le bénéfice de l'article 59 ter-2° devait leur être accordé. La Commission a immédiatement rejeté cette argumentation. Quand bien même les pratiques incriminées auraient eu des effets bénéfiques,

*« les justifications fournies au titre de l'article 59 ter doivent concerner directement les prix de revient et de vente des entreprises membres de l'entente, et non la circonstance que, même fournis à des prix ou dans des conditions critiquables, les services ou produits réalisés par ces entreprises demeurent intéressants pour leur clientèle ou pour l'économie nationale » (59).*

Pour bénéficier de l'article 59 ter, il aurait donc fallu démontrer que l'entente avait conduit à un abaissement des prix de revient ou de vente ou à une amélioration des services mêmes fournis par les intermédiaires de publicité.

608. — Un problème se pose, toutefois, lorsque l'entente est constituée entre des négociants. Ce sont des prestataires de services mais leur activité consiste également à revendre des produits. La

---

(58) Avis « Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité », du 4 janv. 1958.

(59) Rapport pour 1957, p. 215.

Commission a, néanmoins, estimé que le prix à prendre en considération pour l'application de l'article 59 bis était celui de la prestation de services c'est-à-dire la marge brute réalisée et non le prix de revente des produits (60). En ce qui concerne l'application de l'article 59 ter, elle se montre, en revanche, plus nuancée et ne rejette pas l'argument tiré d'une action favorable sur le prix des produits. Le Rapport pour 1958 et 1959 justifie cette solution par le fait que certaines entreprises ou certaines formes de négoce pourraient

« tout en réalisant des marges brutes importantes grâce aux prix particulièrement bas qu'elles peuvent obtenir de leurs fournisseurs, (pratiquer) des prix de revente particulièrement intéressants pour les consommateurs, cette dernière circonstance ne pouvant laisser indifférents les pouvoirs publics » (61).

L'incidence favorable de l'entente sur le prix des produits, lorsqu'elle est constituée dans le secteur du négoce, n'est, cependant, retenue qu'à titre subsidiaire comme simple élément d'appréciation. Le principe est donc que le lien entre le progrès invoqué et l'activité de l'entente doit être direct.

609. — L'exigence d'un lien de causalité direct est mise en lumière, d'une manière quelque peu différente mais très intéressante, dans l'avis « Tuiles et briques » rendu en 1974 (62). Les professionnels tentaient de justifier la mise en place d'un système de quotas et la pratique de prix uniformes par la nécessité d'organiser la récession de la production des briques pleines menacées tant par les progrès technologiques réalisés dans le secteur des produits creux que par la concurrence d'autres matériaux de construction. La Commission a estimé que

« ces arguments tirés de la régression des produits pleins ne sauraient justifier que l'entente de prix s'applique également... aux produits creux dont les débouchés ont connu une forte croissance ».

Il semble, d'après l'avis, que seule une action tendant à la reconversion progressive des producteurs de produits pleins aurait pu justifier des pratiques restrictives. Or, rien n'avait été entrepris dans ce domaine.

## B. — QUANT AUX TERRITOIRES CONCERNÉS

610. — Le problème du caractère direct ou indirect du lien de causalité a rarement été abordé du point de vue des territoires concernés par l'entente. Il est, cependant, brièvement envisagé par l'avis « Carbone de tungstène » (63). Après avoir rejeté la plupart

---

(60) Avis « Marché de la langouste », du 19 déc. 1959 ; supra n° 312.

(61) Rapport pour 1958 et 1959, p. 305.

(62) Avis « Tuiles et briques », du 16 oct. 1974.

(63) Avis « Carbone de tungstène », du 20 sept. 1974.



des justifications de l'entente au motif que les améliorations ne lui étaient pas imputables, la Commission a également jugé que

« si la chambre syndicale a participé à un effort de normalisation à l'échelon international, cela n'exigeait pas (...) la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles en France ».

On peut supposer, *a contrario*, qu'un effort important réalisé au plan national, c'est-à-dire dans le domaine d'application territorial de l'entente, aurait pu justifier certaines pratiques.



611. — L'ensemble des observations précédentes montre ainsi qu'un lien de causalité quelconque ne suffit pas à exonérer une entente illicite. Cette dernière ne sera fondée à invoquer l'article 59 ter que dans la mesure où elle est la cause exclusive, unique, nécessaire et directe des améliorations constatées dans son secteur d'activité. Sans doute, la Commission prête-telle également attention aux résultats obtenus individuellement par les entreprises ou aux effets bénéfiques résultant indirectement ou partiellement de l'action de l'entente qui pourront constituer, éventuellement, des circonstances atténuantes ou des éléments d'appréciation importants pour les suites à donner ; mais ils ne peuvent être retenus à titre de justification au sens de l'article 59 ter. Le caractère dérogatoire de cette disposition commande que l'admissibilité du fait justificatif soit subordonnée à la démonstration d'un lien de causalité particulièrement fort.

## CHAPITRE II

### EXIGENCE D'UNE ADEQUATION ENTRE L'ENTRAVE ET LE PROGRES REALISE

612. — La Commission ne se contente pas de constater le caractère indispensable des restrictions de concurrence mises en œuvre par l'entente. Allant au-delà de la lettre du texte mais respectant son esprit, elle requiert une « *adéquation* entre les pratiques restrictives et les effets positifs » (1) pour faire jouer l'article 59 ter-2°. Par suite, des pratiques restrictives, même nécessaires au progrès économique, ne sont pas immédiatement validées. Sans doute ont-elles vocation à l'être mais il leur faut satisfaire à cette dernière exigence. Celle-ci doit être considérée comme le prolongement « naturel » de la condition relative au lien de causalité. Il s'agit toujours, en effet, de l'imputabilité du progrès à l'entente, le problème n'étant plus celui de sa réalité mais de sa qualité. Il est indispensable de définir la notion d'adéquation (Section 1) avant d'examiner sa mise en œuvre (Section 2).

---

(1) Rapport pour 1973, p. 2605. L'impunité liée à un fait justificatif trouve son fondement dans le fait que l'acte n'est pas critiquable à l'égard du droit et que la société perd tout intérêt à la répression : en faisant échapper à toute mesure corrective ou prohibitive les opérations de concentration qui apportent une contribution « suffisante », au progrès économique et social, pour « compenser » les entraves à la concurrence qu'elle implique la loi du 19 juil. 1977 exige, de même, une adéquation entre l'entrave et le progrès ; la différence essentielle résulte du fait que la concentration excessive n'étant pas un délit, la notion de fait justificatif n'intervient pas dans ce cas (F.-C. JEANTET, op. cit., loc. cit.).

## SECTION 1

## DEFINITION DE LA NOTION D'ADEQUATION

613. — L'exigence d'une adéquation entre l'entrave et le progrès économique est une condition progressivement dégagée par la Commission des termes laconiques de l'article 59 ter-2°. Il s'agit d'une notion importante consacrée par le législateur en 1977. Il est donc intéressant d'en rechercher le fondement (§ 1). Nous tenterons ensuite d'en préciser le contenu (§ 2).

## § 1. — Fondement de la notion d'adéquation

614. — Bien que le terme d'adéquation soit apparu seulement en 1973, la notion est sous-jacente à l'ensemble de la jurisprudence de la Commission. Son fondement doit être recherché dans la finalité du dispositif de contrôle des ententes telle que la conçoit la Commission.

La condamnation de la recherche des convenances (2) ou du profit personnels, sous quelque forme que ce soit (3), démontre que les atteintes à la libre concurrence n'ont de justification que dans la mesure de leur conformité à l'intérêt général (4). Ainsi le pouvoir de marché considérable conféré à l'entente par le groupement des entreprises doit-il être exercé pour la satisfaction de tous et non seulement dans l'intérêt exclusif des membres. La collectivité pourrait, en effet, trouver son compte dans l'élargissement des possibilités de chaque firme dû au changement d'échelle si la tentation n'était grande pour le groupe de profiter de cet accroissement de puissance. Le droit doit alors intervenir pour sauvegarder l'équilibre (5). En exigeant l'adéquation de l'entrave au progrès, la Commission entend effectivement inciter les entreprises à rechercher

*« la conservation d'un équilibre raisonnable entre, d'une part, l'atteinte portée au jeu de la concurrence et, d'autre part, les exigences de la (...) situation et les besoins du développement du progrès économique »* (6).

---

(2) Cf. la lettre du ministre faisant suite à l'avis « Aciers étirés », du 16 déc. 1961.

(3) Le premier rapport dressait, par exemple, une première liste des critères de la mauvaise entente : création d'une économie de rente, cristallisation des positions commerciales, monopole de fait constitué au bénéfice d'un distributeur unique, etc... (Rapport pour 1954 et 1955, p. 6).

(4) L'avis « Bois du Nord », du 17 déc. 1960, souligne la nécessité de veiller à la conformité des accords avec l'intérêt général ; cf. également l'avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968.

(5) C'est également la justification du contrôle des concentrations institué par la loi n° 77-806 du 19 juil. 1977.

(6) Avis « Filateurs de coton du Nord et de l'Ouest », du 22 mars 1968.

Il s'agit, en fait, de créer un équilibre entre le progrès et l'entrave, c'est-à-dire, d'une part, les bénéfices résultant de l'exercice du pouvoir par l'entente qui se traduisent en termes de profit pour ses adhérents, et, d'autre part, ceux que peut légitimement espérer la collectivité qui, subissant un préjudice immédiat dû à la mise en œuvre des restrictions de concurrence, ne peut y consentir que dans la mesure où elle profitera, fut-ce à terme, de certains avantages en contrepartie. Le bénéfice de l'exonération sera, par conséquent, accordé à l'entente dont les résultats obtenus apparaissent comme

*« la raisonnable contrepartie des sujétions imposées à la clientèle et de l'atteinte ainsi portée au jeu de la concurrence » (7).*

On remarquera l'utilisation du terme « raisonnable » par deux fois dans le même avis. C'est que la situation de la branche en cause doit être appréciée très concrètement (8). Il ne s'agit pas plus d'exiger de l'entente des performances que la situation du marché rend irréalisables, que d'imposer des restrictions intolérables à la collectivité, c'est-à-dire, en pratique, aux concurrents, aux clients ou à l'ensemble des consommateurs. Il s'agit simplement de faire en sorte que « les avantages (soient) *proportionnés* aux pratiques qu'ils sont censés justifier » (9).

## § 2. — Contenu de la notion d'adéquation

615. — L'adéquation suppose une stricte proportionnalité entre les restrictions à la concurrence résultant des pratiques d'entente et les résultats qu'elle invoque pour sa justification.

Toute la question est de savoir comment peut être obtenue cette proportionnalité qui doit aboutir à l'équilibre recherché. L'observation des avis montre que la Commission prête attention à deux sortes d'éléments : les avantages, d'une part, qui doivent être conséquents ; les pratiques restrictives, d'autre part, qui ne doivent pas être trop contraignantes.

616. — Plus l'entrave est étendue, plus les résultats doivent être importants. L'avis « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne » (10) déclare ainsi que

« les résultats dont l'entente peut légitimement se prévaloir (...) ne

(7) Ibid.

(8) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 176 et s.

(9) Rapport pour 1970 et 1971, p. 419.

(10) Avis « Producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne », des 20 janv. et 5 juil. 1967 : l'entente invoquait la régularisation du marché, l'amélioration des méthodes de commercialisation et le développement de la production.



sont pas suffisants compte tenu de la nocivité de l'action qu'elle a exercée sur les prix » (11).

Il convient de souligner que l'ampleur de l'entrave s'apprécie de façon très concrète : aussi la Commission est-elle moins exigeante quant aux résultats obtenus s'il apparaît que la concurrence n'a pas totalement disparu, soit qu'elle subsiste en partie à l'intérieur même de l'entente (12), soit qu'elle résulte de l'existence de produits de substitution (13) bien que, dans ce dernier cas, la limitation de l'entrave ne soit pas totalement imputable à l'entente.

617. — Il semble, toutefois, que des résultats même très importants ne peuvent justifier des pratiques trop rigides. Elles doivent, au contraire, avoir une souplesse suffisante. Cela ressort nettement de la jurisprudence relative aux clauses de quotas. Le premier avis « Demi-produits en métaux cuivreux » (14) avait relevé l'entente de la prohibition au motif que les quotas avaient atténué les craintes des producteurs devant les aléas économiques de la spécialisation et la dépendance d'autrui pour leurs approvisionnements. Ils avaient, donc, favorisé les investissements et le réaménagement des structures dans un sens conforme au progrès économique. Or, ces quotas avaient été appliqués avec souplesse. Revenant sur ce problème, le troisième avis relatif à l'affaire des « Fils et câbles » (15) affirme avec netteté l'hostilité de la Commission aux accords rigides qui figent le marché :

« si la conclusion d'accords de rationalisation suppose souvent une action concertée tendant à éviter des variations trop fortes ou trop brusques du volume de leur activité, l'objectif recherché peut et doit être atteint sans recourir à un gel des positions respectives des producteurs sur le marché ; dès lors, sans que soient contestés les efforts de recherche accomplis par la profession et les gains de productivité obtenus, l'existence de la convention de rationalisation ne saurait suffire à faire admettre l'entente dans son ensemble au bénéfice des dispositions de l'article 59 ter ».

Dans une autre affaire, la Commission indique que la diffusion d'indications statistiques pourrait justifier des quotas prévisionnels mais non impératifs (16). Dans un autre domaine, elle décide que certains liens financiers et techniques entre des entreprises indépendantes peuvent justifier des échanges de renseignements mais pas des infractions à l'article 59 bis telle celle qui consiste à écarter du marché certains dissidents (17).

---

(11) Voir les avis : « Raccords en fonte », du 22 oct. 1960 ; « Linoléum », du 21 oct. 1961 ; « Fourches et crocs », du 16 nov. 1961 ; « Faux et faucilles », du 22 juin 1962 ; « Fûts métalliques », du 24 sept. 1965 ; « Agrégats de la région de Metz », du 21 oct. 1966 ; « Industrie du jute », du 18 juin 1971.

(12) Par ex., avis « Superphosphate », du 21 mai 1960.

(13) Avis « Tuyaux en fonte », du 19 mai 1961.

(14) 1er avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958.

(15) 3ème avis « Fils et câbles », du 17 sept. 1971.

(16) Avis « Agrégats de la région parisienne », des 20 janv. et 5 juil. 1967.

(17) Avis « Développement et tirage de films », du 16 janv. 1970.

L'avis « Industrie du superphosphate » (18) offre un bon exemple de la manière dont s'entend la proportionnalité entre les entraves à la concurrence et le progrès en résultant. L'entrave était réalisée, en l'espèce, par l'exclusivité de vente consentie au comptoir commun et le bénéfice assuré à toutes les usines d'un prix de vente moyen. Considérant les effets positifs de l'entente, l'avis souligne que le fonctionnement du comptoir de vente n'a pas conduit à des pratiques destinées à cristalliser les positions des membres, que les références de production n'ont été utilisées qu'à titre indicatif,

« que notamment la liberté des entreprises de faible importance demeure entière au sein ou en marge de l'organisation (...) ; qu'enfin les participants n'ont mis aucun obstacle soit au retrait de certains membres, soit à l'adhésion de nouveaux producteurs ».

Pour qu'il y ait adéquation de l'entrave au progrès économique, il faut, donc, que les restrictions soient suffisamment limitées pour permettre les améliorations. Il y a, en effet, une incompatibilité de nature entre la rigidité de certaines pratiques et le développement du progrès économique. La dynamique du progrès, qui provoque des remises en cause (19), s'oppose au statisme de certaines pratiques rigides. La proportionnalité n'est concevable que pour les ententes qui fonctionnent avec souplesse (20).

618. — La proportionnalité apparaît, à travers ces exemples, comme un élément de fait souverainement apprécié par la Commission en fonction des circonstances de l'espèce. C'est à elle seule qu'appartient de décider si l'adéquation existe, c'est-à-dire si les effets bénéfiques représentent bien la « raisonnable contrepartie » des atteintes portées à la concurrence. On peut regretter l'imprécision de ces termes : il convient, néanmoins, de ne pas oublier que l'admission du fait justificatif dépend d'une appréciation très concrète de la situation d'ensemble du secteur concerné et que l'esprit de la réglementation commande, à ce stade, la plus grande souplesse.

---

(18) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960 ; dans le même sens, avis « Acide sulfurique », du 21 nov. 1969 : l'avis mettait au bénéfice de l'entente le fait que le comptoir d'achat-vente assurait ses services sans exclusive à l'encontre des producteurs extérieurs, ni monopole à l'égard des membres de l'entente.

(19) Rapport pour 1973, p. 2605.

(20) Cf. l'avis « Ficelles », du 4 juin 1975 : « un système de quotas, aboutissant à garantir purement et simplement à chaque entreprise une part du marché ne pouvait que constituer un frein à toute initiative tendant aux spécialisations et reconversions souhaitables ».

## SECTION 2

## MISE EN ŒUVRE DE LA CONDITION D'ADEQUATION

619. — L'adéquation de l'entrave au progrès est une condition impérative de l'admission au bénéfice des dispositions de l'article 59 ter-2°. Il est donc intéressant de rechercher si l'absence de proportionnalité constitue une fin de non-recevoir pour l'entente ou si d'autres solutions sont proposées.

Le problème de l'adéquation ne se pose que pour des pratiques restrictives dont le caractère nécessaire a déjà été reconnu par la Commission. Il semble donc qu'une fin de non-recevoir éventuelle ne puisse être que temporaire. En réalité, dans ces hypothèses, la Commission adopte une autre démarche puisqu'elle admet la justification de l'entente ; il s'agit, cependant, d'une admission conditionnelle dont le maintien est subordonné à l'observation de certaines obligations destinées à satisfaire à l'impératif de proportionnalité (21). Toute la question est de savoir quelles sont ces obligations. Dès 1958, l'avis « Jantes et guidons » exposait ainsi les exigences de la Commission :

« si les résultats obtenus par l'entente sont insuffisants pour que le bénéfice de l'exception prévue à l'article 59 ter lui soit reconnu sans réserves, ils permettent d'admettre que l'article 59 bis n'aura pas à lui être appliqué si, d'une part, elle met fin... aux stipulations et pratiques anticoncurrentielles qui ne sont pas nécessaires à son bon fonctionnement, et si, d'autre part, elle engage sur le plan industriel une action efficace de normalisation et de spécialisation en vue d'améliorer le prix de revient » (22).

L'adéquation entre l'entrave et le progrès suppose donc deux types d'obligations ; l'effort demandé à l'entente portera, alternativement ou cumulativement, sur l'intensification des actions conformes au progrès économique (§ 1) et sur la diminution des restrictions de concurrence (§ 2).

### §1. — Intensification des actions conformes au progrès économique : prescriptions

620. — L'adéquation, c'est-à-dire la situation d'équilibre entre les restrictions de concurrence et la contribution au progrès, peut résulter en premier lieu de l'amélioration des résultats positifs de l'entente. De nombreux avis imposent ainsi des obligations tenant à

(21) Telle est, du moins, l'attitude la plus fréquente ; il peut arriver, cependant, que la différence entre le progrès et l'entrave soit trop élevée : cela justifie un refus provisoire et l'ouverture d'un délai probatoire au terme duquel le bénéfice de l'article 59 ter pourra être accordé si la situation s'est modifiée dans le sens indiqué (avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964).

(22) Avis « Jantes et guidons », du 19 avr. 1958.

l'intensification des efforts de rationalisation et de spécialisation (23), de restructuration (24), ou à l'élaboration d'un programme d'assainissement de la profession (25). Les prix de revient doivent, parallèlement, être comprimés au maximum (26) et les consommateurs doivent participer notablement aux gains de productivité réalisés (27).

## § 2. — Limitation des entraves à la concurrence : injonctions

621. — Le deuxième moyen propre à réaliser l'adéquation entre l'entrave et le progrès consiste à limiter la première si elle se révèle trop importante par rapport au second. Deux situations sont envisageables : la plus radicale consiste à supprimer les pratiques anticoncurrentielles mais un simple réaménagement des clauses suffit parfois.

### A. — SUPPRESSION DE CERTAINES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

622. — Les pratiques devant être supprimées sont celles qui ne présentent pas de caractère de nécessité, compte tenu des objectifs à atteindre : ainsi certaines ententes devront-elles renoncer aux quotas et à la péréquation des charges autres que celles afférentes au coût de services communs (28).

### B. — REAMENAGEMENT DE CERTAINES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

623. — Un simple réaménagement des clauses peut suffire à réaliser l'équilibre entre l'entrave et le progrès.

624. — Très fréquemment, la Commission recommande un assouplissement des quotas de fabrication, destiné à ne pas freiner les possibilités d'essor de chaque entreprise (29). L'avis « Petits articles métalliques » (30) est particulièrement intéressant à cet égard : il tolère, en effet, le maintien temporaire pour une période de quatre ans des quotas assortis de compensations financières, sous la double

---

(23) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; « Superphosphate », du 21 mai 1960 ; « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968.

(24) Avis « Papiers minces spéciaux », du 19 déc. 1969.

(25) Avis « Industrie du jute », du 19 déc. 1964.

(26) Avis « Papiers à cigarettes », du 17 mai 1968.

(27) 2ème avis « Fils et câbles », du 17 mai 1963 ; avis « Papiers minces spéciaux », précité.

(28) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1960.

(29) Avis « Demi-produits en métaux cuivreux », du 21 févr. 1958 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Fils et câbles électriques », du 17 mai 1963 ; « Papier à cigarettes », du 17 mai 1968.

(30) Avis « Petits articles métalliques », du 20 févr. 1965.



condition de prévoir une clause de révision périodique visant, par l'adaptation de la production à la situation réelle de chacun, à inciter les entreprises à développer leur activité et de l'affectation en totalité des indemnités compensatrices au financement d'interventions présentant un intérêt général pour la profession.

La même solution est applicable aux accords organisant la répartition non de la production mais des ventes. L'avis « Superphosphate » (31) demande, par exemple, que

« la répartition des commandes qui subsisterait, notamment lorsqu'elle est rendue nécessaire par la satisfaction des besoins d'approvisionnement exprimés, continue à respecter les dispositions réglementaires en matière de prix et soit établie selon des critères permettant le jeu effectif de la concurrence ».

625. — S'agissant de l'obligation de réaménagement des clauses l'un des cas les plus intéressants est celui de l'affaire « Fiorio » (32). La Commission, ayant admis que la clause d'exclusivité territoriale pouvait être validée, car elle constituait le « seul moyen d'apporter le minimum de garanties indispensables » aux concessionnaires, a cependant estimé que la protection accordée était excessive en comparaison des effets positifs qui en résultaient. Telle qu'elle était conçue, cette clause établissait, en effet, un partage géographique concernant à la fois la localisation des chantiers de construction et celle des usines : chaque concessionnaire disposait donc d'une véritable « chasse gardée ». Or, pour la Commission, l'utilisation optimale du procédé concédé

« aurait pu être assurée par une clause d'exclusivité territoriale consistant en une simple délimitation des zones à l'intérieur desquelles chaque concessionnaire est seul autorisé à implanter une ou plusieurs unités de fabrication ».

L'intérêt d'une telle délimitation est de laisser subsister une certaine concurrence, ou une possibilité de concurrence, aux confins de deux zones voisines et l'avis précise

« qu'une telle concurrence, assez limitée pour ne pas compromettre la rentabilité des investissements exigés des concessionnaires, aurait maintenu un minimum d'émulation et permis des comparaisons entre eux, créant une situation plus saine et stimulante que la quiétude des « chasses gardées » (33).

En conséquence, le bénéfice de l'exonération sera accordé seulement si l'application de la clause est restreinte à la localisation des unités de fabrication.

---

(31) Avis « Industrie du superphosphate », du 21 mai 1965.

(32) Avis « Groupement d'entreprises licenciées Fiorio », des 21 juin et 8 nov. 1974.

(33) Rapport pour 1974, p. 1208.

Notons, pour terminer, que la Commission recommande parfois une surveillance particulière du secteur en cause par les pouvoirs publics ou par l'administration afin que l'admission temporaire de l'entente ne soit pas mise à profit par les entreprises pour aggraver les restrictions de concurrence (34).



626. — Symétrique de la condition d'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence, la condition d'imputabilité à l'entente du progrès économique limite l'application du fait justificatif prévu par l'article 59 ter-2° aux ententes qui sont la cause déterminante des améliorations constatées dans leur secteur d'activité sous réserve que les restrictions de concurrence soient parfaitement proportionnées aux effets favorables obtenus. Cette jurisprudence, dont on doit souligner la cohérence, a conduit la Commission non seulement à vérifier que les conditions exigées étaient réunies mais à prescrire un certain nombre de mesures destinées à faire entrer l'entente dans le champ de l'article 59 ter-2°. On a pu dire, à ce propos, que la Commission franchissait les limites du *droit* de la concurrence (35). En vérité, s'il y a bien là la manifestation d'un véritable dirigisme économique (36), on ne peut pas pour autant conclure que l'esprit de la réglementation ait été trahi, ou que la Commission ait excédé ses pouvoirs. D'une part, elle a mis l'accent plus sur l'éducation que sur la répression et, exception faite des ententes ouvertement et sciemment contraires à la réglementation, elle s'est essentiellement préoccupée de leur réorientation dans un sens conforme à l'intérêt général ; d'autre part, quelque obligation que puisse mettre la Commission à la charge des entreprises, celles-ci ne couraient aucun risque puisqu'il n'existait pas de véritable moyen d'en imposer le respect. L'intérêt de la loi du 19 juillet 1977 est de combler cette lacune en assortissant de sanctions pécuniaires administratives le pouvoir du ministre d'enjoindre à une entente, sur les recommandations de la Commission de la concurrence, de se conformer dans un délai déterminé aux prescriptions particulières qu'il édicte en vue de faire entrer les pratiques prohibées dans le champ de l'article 51 (59 ter). La contrainte mise à part, la loi ne fait qu'entériner la démarche spontanément suivie par la Commission technique des ententes en insistant, toutefois, sur la répression. La philosophie générale reste la même. L'intérêt de la jurisprudence de la Commission relative à la condition d'imputabilité à l'entente du progrès économique en est considérablement renforcé.

(34) Avis « Verre plat », du 23 nov. 1957 ; « Bandes transporteuses en caoutchouc », du 7 juil. 1958 ; « Demi-produits en métaux cuivreux », du 22 mars 1963.

(35) J. CONRAD, thèse précitée, n° 168.

(36) G. FARJAT, *Droit économique*, p. 181.

## CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

627. — Au terme de cette deuxième partie, la définition de l'entente prohibée se précise. L'interdiction vise les ententes insusceptibles d'être relevées de la prohibition par l'un ou l'autre des deux faits justificatifs prévus à l'article 59 ter.

1°) *En ce qui concerne le premier fait justificatif (59 ter-1°) :*

Les chances de « rachat » de l'entente qui invoque, pour se justifier, l'existence d'un texte législatif ou réglementaire sont pratiquement nulles. Les avis en offrent un seul exemple et encore est-ce avec une réticence non dissimulée que la Commission a appliqué le texte, réclamant, dans le même temps, l'abrogation de l'arrêté illégal. Sans doute des réglementations restrictives de concurrence peuvent-elles se justifier, dans certains cas, par des impératifs sociaux ou économiques, notamment en cas de perturbations très graves, mais il n'est pas normal que des réglementations économiques malsaines continuent de s'appliquer et de faire obstacle non seulement à la mise en œuvre de la concurrence mais également, les choses étant liées, à l'efficacité de notre système économique. La Commission a souligné le fait que la concurrence a du mal à s'affirmer dans les secteurs qui se trouvent aux confins ou dans le prolongement de branches régies de longue date par des réglementations restrictives de la concurrence, même lorsque le régime de liberté est rétabli (1). Estimant que cette situation constitue, par elle-même, une entrave au bon fonctionnement de l'économie de marché, la Commission est peu favorable aux ententes invoquant un texte législatif ou réglementaire. Les conditions qu'elle requiert, par une interprétation restrictive du texte, peuvent très difficilement être réunies. Il est peu vraisemblable que la Commission de la concurrence se montre plus laxiste.

---

(1) Rapport pour 1974, p. 1208.

2°) *En ce qui concerne le deuxième fait justificatif (59 ter-2°) :*

La Commission porte particulièrement attention aux améliorations obtenues dans les domaines les plus divers, en exigeant qu'elles profitent aux consommateurs. Manifestant très tôt des préoccupations consuméristes, conformément à l'esprit de la réglementation française, la Commission a même érigé au rang d'une condition spécifique l'obligation, pour l'entente, de faire participer l'ensemble de la collectivité aux profits obtenus : cette exigence sera tenue pour remplie si, notamment, les réductions de coûts se traduisent par une diminution des prix. Le droit de la concurrence, en effet, a pour but non seulement le maintien et la régulation de la compétition mais également une croissance harmonieuse et non inflationniste.

Condition nécessaire, la réalisation d'un progrès n'est pas suffisante si les améliorations sont trop faibles pour compenser les effets résultant des restrictions de concurrence et leur faire perdre toute nocivité. La loi du 19 juillet 1977 a implicitement confirmé cette jurisprudence en étendant l'exigence aux opérations de concentration dépassant un certain seuil. La recherche d'une parfaite adéquation entre l'entrave et le progrès a conduit la Commission à intervenir dans la vie économique, d'une façon sans doute dirigiste, en imposant diverses obligations aux entreprises en entente désireuses de bénéficier du « rachat ». Là encore, la loi du 19 juillet 1977 n'a fait que reprendre les règles existantes, en donnant désormais aux autorités administratives les moyens d'obtenir le respect des prescriptions et des injonctions.

En conclusion, nous observerons l'importance attachée aux objectifs recherchés par les professionnels lorsqu'il s'agit de faire bénéficier l'entente d'un « rachat ». Ainsi des pratiques restrictives inspirées par une entente délictueuse caractérisée ne sont-elles ni justifiées, ni même justifiables ; le bénéfice des dispositions de l'article 59 ter-2° ne saurait être accordé à des ententes dont les préoccupations ont été seulement défensives et corporatistes et qui se sont essentiellement préoccupées de conserver les positions acquises. La voie du progrès comporte des risques : les accepter suppose une profonde modification des mentalités. Telle est la finalité du droit de la concurrence révélée par les règles imposées pour la justification des ententes qui constituent l'un des aspects les plus intéressants et les plus achevés de l'œuvre de la Commission. Le premier rapport de la Commission de la concurrence confirme cette jurisprudence.





## CONCLUSION GENERALE

628. — Parvenus au terme d'une recherche souvent déroutante, parfois difficile, mais toujours passionnante, la question est de savoir si, conformément à notre projet, l'étude des avis permet de dégager une définition de l'entente prohibée plus précise que la définition légale et qui, non conjoncturelle, ait des contours juridiques suffisamment nets pour éclairer les entreprises sur l'étendue et les limites de leurs obligations en matière de concurrence. La réponse à pareille question est d'autant plus importante que, la loi du 19 juillet 1977 n'ayant pas modifié la définition de l'infraction d'entente illicite, la Commission de la concurrence sera naturellement appelée à se fonder sur la « jurisprudence » de la Commission technique. Il convient, dès lors, de faire une synthèse de nos observations.

La Commission a construit, comme l'y invitait la loi, la définition de l'entente prohibée par la combinaison des textes incriminateur et justificatif. L'entente prohibée est, alors, celle qui, d'une part, remplit les conditions d'application de l'article 59 bis, et, d'autre part, ne remplit pas les conditions requises par l'article 59 ter.

629. — L'entente prohibée est, en premier lieu, celle qui réunit les conditions de l'article 59 bis. Nous en avons distingué trois : l'« entente », l'entrave à la concurrence et l'imputabilité à l'entente de l'entrave. Or, il faut souligner que la spécificité de ces différentes conditions correspond à une jurisprudence relativement récente, fruit d'une réflexion approfondie sur le sens et la finalité des règles de concurrence. S'agissant de l'application de l'article 59 bis, deux périodes doivent être distinguées : la première s'étend de 1954 à 1966 environ ; la seconde, marquée par l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui a libéré la Commission de contraintes pesantes, s'achève, d'une certaine façon, avec la substitution de la Commission de la concurrence à la Commission technique en 1977.

630. — Durant la première période, les différentes conditions d'application de l'article 59 bis étaient pratiquement confondues. Admettre qu'il existait une « entente », au sens de l'article 59 bis,

c'était reconnaître, en même temps, qu'il existait une « entrave à la concurrence ». La constatation d'une « entente » emportait, dès lors, automatiquement, la qualification d'entente prohibée. Le raisonnement était, d'ailleurs, juridiquement fondé. Dès 1956, en effet, la Commission avait dégagé un critère de l'entente : celui du contrôle du marché, rendu possible par le regroupement des forces des entreprises. Peu importait que ce contrôle fut effectif et aboutisse à une entrave réelle... ou seulement relatif, comportant un simple risque pour la concurrence, puisque la seule entrave potentielle constituée, aux termes de l'article 59 bis, un critère d'incrimination suffisant. La seule limitation réciproque de l'indépendance des entreprises aux fins d'adopter une discipline collective de comportement sur le marché faisait naître ce pouvoir de contrôle et caractérisait, donc, l'entente prohibée. S'il apparaissait qu'en fait l'entente n'avait pas eu d'effets nocifs sur la concurrence, cette constatation intervenait au stade de l'article 59 ter ou des suites à donner à l'affaire (1).

Conforme à la lettre du texte, cette construction juridique, fondée sur une conception abstraite de la concurrence, devait conduire à incriminer toutes les ententes, même celles qui, restreintes, constituées sur un marché local, avaient pour objet d'affronter un concurrent plus important (2). On peut, au contraire, estimer qu'il y a quelque incohérence à incriminer, au regard de la réglementation prohibant les ententes qui entravent la concurrence, celles qui activent la compétition. Or, tant que l'on se refusait à prendre en considération certains éléments de fait, tels que la taille de l'entente et la situation du marché, il fallait établir une « *summa divisio* » entre l'article 59 bis et l'article 59 ter, entre la « mauvaise » et la « bonne » entente ; il n'y avait aucune autre alternative. Cette méthode était, cependant, selon M. le professeur Blaise (3), la seule concevable au regard du minimum de sécurité juridique indispensable, la prise en considération d'éléments concrets devant nécessairement conduire à des solutions purement conjoncturelles, inadmissibles en matière pénale.

L'affaire des « Fabricants d'emballages en bois de Gascogne et de Provence » a mis en évidence, dès 1966 (4), les insuffisances d'un raisonnement qui, pour s'en tenir strictement à la lettre du texte, méconnaissait son esprit et se révélait inadapté, dans certaines circonstances, à la réalité économique. La Commission devait se prononcer, en l'espèce, sur les activités de deux sociétés jouant le rôle d'organismes coopératifs chargés de vendre la production des entreprises régionales adhérentes. Les commandes étaient réparties entre

---

(1) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 174 et s.

(2) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 179.

(3) J.-B. BLAISE, op. cit., n° 179, *in fine*.

(4) Avis « Fabricants d'emballages en bois de Gascogne et de Provence », du 22 janv. 1966.

les divers associés et la commercialisation des produits était assurée à un prix uniforme quelle que soit leur origine. L'avis a estimé que chacune de ces sociétés constituait bien une entente ; mais la concurrence avait continué à jouer à l'intérieur de chaque région et les deux ententes régionales s'étaient fait mutuellement concurrence. L'avis a alors conclu que les ententes ne tombaient pas sous le coup de la prohibition édictée par l'article 59 bis. Cet avis est le premier à admettre qu'une « entente » n'est pas automatiquement génératrice d'une entrave à la concurrence ; il marque un tournant dans la jurisprudence de la Commission.

631. — Durant la décennie comprise entre 1967 et 1977, la Commission a dû résoudre les difficultés liées à l'imprécision de la définition légale, élargie par l'ordonnance du 28 septembre 1967, en évitant le double écueil d'un juridisme excessif aboutissant à des solutions économiquement irrationnelles ou, inversement, des décisions au « coup par coup », conjoncturelles, qui auraient engendré un fâcheux climat d'insécurité juridique. Une analyse approfondie des finalités de la réglementation l'a conduite, d'une manière qui nous semble particulièrement heureuse, à préciser la définition de l'entente prohibée en distinguant dans le texte trois conditions spécifiques dont la réunion est indispensable à la constatation de l'infraction : l'entente, l'entrave à la concurrence, l'imputabilité de la seconde à la première.

632. — a) L'« entente » reste caractérisée par le pouvoir de contrôle du marché résultant du regroupement des forces des entreprises. Aucune attention n'est portée aux techniques juridiques utilisées. La façon dont s'exprime l'accord des entreprises ne revêt quelque importance qu'en cas d'action concertée ; dans ce cas, en effet, des problèmes de preuve peuvent surgir : ils sont résolus par la reconnaissance d'une présomption d'entente tirée de la simple constatation d'actions parallèles sur les prix, sous les réserves indiquées (5).

La qualification d'« entente » n'emportant plus nécessairement celle d'entente illicite, la condition relative à l'entente étant nécessaire mais non suffisante, point n'est besoin de la limiter. Aussi reconnaît-on depuis 1974 que la réglementation des ententes est applicable aussi bien aux accords verticaux qu'aux accords horizontaux. Il faut et il suffit, pour qu'il y ait « entente », que les entreprises se soient concertées aux fins d'adopter une discipline collective de

---

(5) Rappelons que la présomption d'entente sur les prix est tirée de la constatation d'une certaine permanence dans le parallélisme des comportements en matière de prix (l'évolution des barèmes devant être identique et simultanée, dans le sens de la hausse et se manifester en période de liberté des prix) et que les entreprises sont admises à faire la preuve contraire.



comportement sur le marché. Aucune « entente » ne tombe, en elle-même, sous le coup de la prohibition. Pour que l'infraction soit constituée, il est nécessaire que l'entente soit la cause, au moins partielle, d'une entrave à la concurrence.

633. — b) S'agissant de la condition d'entrave à la concurrence, l'ordonnance du 28 septembre 1967 a constitué une étape importante en n'associant plus obligatoirement la notion d'entrave et celle d'influence néfaste sur les prix. Sans doute ce critère d'incrimination n'est-il pas supprimé ; il conserve, au contraire, une place importante, mais la notion de « concurrence » prise en référence est élargie. Avant même la modification légale, la Commission avait tendance à prendre en considération tous les effets négatifs sur la concurrence pouvant résulter d'une entente. Ses positions, parfois fluctuantes au cours des dix premières années, se sont affermies, tandis que s'affinait le raisonnement économique. Les pratiques d'entente peuvent aujourd'hui être classées en trois catégories :

— Certaines sont considérées comme condamnables « par elles-mêmes ». Il s'agit de toutes les pratiques rigides, contraignantes, portant la marque du dirigisme professionnel, du corporatisme et du souci de préserver les situations acquises : quotas rigides, remises cartellisées, barèmes impératifs, interdictions des mutations de clientèle, partage rigide des marchés, etc... Il est tout à fait remarquable que, partant d'un système d'abus, la Commission ait abouti à une condamnation automatique, *per se*. Cela ne saurait étonner, toutefois, dans la mesure où des pratiques de cette nature permettent de présumer l'intention anticoncurrentielle de leurs auteurs et se traduisent généralement par une entrave effective ou, si elles ne sont pas appliquées, par un risque considérable pour la concurrence.

— D'autres, en revanche, n'apparaissent pas comme condamnées *per se* : il s'agit de pratiques souples, évolutives, comportant parfois des avantages. Les positions de la Commission ont évolué à leur sujet. Le rapport pour 1963 (6) affirmait ainsi qu'une certaine « tolérance » devait bénéficier aux quotas évolutifs ou, dans des circonstances exceptionnelles, aux remises cartellisées. En 1967, la Commission est même allée jusqu'à admettre la licéité, dans certaines hypothèses, des barèmes communs purement informatifs. Beaucoup plus ferme aujourd'hui, elle affirme l'illicéité de principe des barèmes et estime que les pratiques, même souples, sont condamnables au regard de l'article 59 bis. Il existe, cependant, une différence essentielle avec les pratiques condamnables « en soi » : ces dernières, en effet, ne pourront jamais bénéficier d'un « rachat », alors que les pratiques souples présentant de réels avantages et constituant le

---

(6) Rapport pour 1963, p. 4.

moyen indispensable d'un progrès économique pourront être validées au titre de l'article 59 ter. Le raisonnement s'apparente ici à la « règle de raison » des systèmes anglo-saxons.

— Les pratiques « neutres », enfin, ne sont par elles-mêmes ni répréhensibles ni bénéfiques mais peuvent être l'un ou l'autre selon la situation du marché. Mises en œuvre par des ententes qui entravent la concurrence, les pratiques consistant à diffuser des statistiques ou toutes autres informations, les prix *franco* tomberont sous le coup de la qualification d'entrave à la concurrence. Une analyse de la situation concrète du marché est indispensable pour se prononcer dans la mesure où ces pratiques peuvent également avoir un effet « multiplicateur » de la concurrence, auquel cas elles ne sont pas illicites (7).

634. — c) L'imputabilité à l'entente de l'entrave à la concurrence constitue, enfin, une condition essentielle de l'incrimination.

635. — Les hypothèses dans lesquelles l'article 59 bis est inapplicable en raison de la non imputabilité de l'entrave à l'entente correspondent à deux situations.

Dans la première, l'entrave à la concurrence existe mais doit être imputée dans sa totalité à une cause étrangère. L'hypothèse, fort rare, se rencontre lorsqu'un secteur économique est régi, dans sa totalité, par une réglementation qui abolit la concurrence. La Commission, en pareil cas, décline sa compétence, les règles de concurrence lui paraissant, à juste titre, sans objet.

Dans la seconde, l'entrave à la concurrence n'existe pas ou n'existe que sous la forme d'une menace très faible, d'un risque minime ou incertain. Deux éventualités sont à envisager. La Commission estime, en premier lieu, que le risque d'entrave à la concurrence peut être trop faible pour être pris en considération ; elle rejette, alors, l'application de l'article 59 bis par un raisonnement qui s'apparente à celui du droit communautaire sur les « accords de bagatelle » (8). La Commission considère, en second lieu, que le risque d'entrave à la concurrence que pourrait comporter, pour l'avenir, une entente qui a pour objet et pour effet immédiat d'accroître la concurrence n'a pas à être pris en considération pour l'incriminer au regard de l'article 59 bis. Elle estime, au contraire, que l'entente est licite. On objectera que cette solution contredit la lettre de l'article 59 bis qui vise expressément les ententes « pouvant avoir pour effet » d'entraver la concurrence et qu'il serait aussi simple d'inci-

---

(7) Cette jurisprudence paraît, toutefois, infirmée par la Commission de la concurrence, en ce qui concerne l'échange d'informations sur les prix tout au moins (avis « Feutres pour papeterie », du 25 mai 1978).

(8) Rapport pour 1973, p. 2604 ; B. GOLDMAN, Droit commercial européen, n° 284.

miner l'entente en la relevant immédiatement de la prohibition en vertu de l'article 59 ter. Il est également certain que la reconnaissance de la licéité de l'entente, compte tenu de ses effets d'accroissement de la compétition, dépend d'une analyse de la situation concrète du secteur en cause. Serait-ce alors que la Commission se dégage du texte et, pour serrer de plus près la réalité économique, s'oriente vers des solutions conjoncturelles, contrairement à ce que nous avons pressenti ? Nous ne le pensons pas. Cette évolution reflète, semble-t-il, celle de la pensée économique au cours de ces dix dernières années. Les enseignements de l'expérience ont montré que l'amélioration de la compétitivité de l'économie française et les restructurations indispensables commandent de favoriser la croissance des petites et moyennes entreprises et d'en préserver la force concurrentielle. Le Conseil économique et social notait, en 1974 (9), qu'en ce domaine des fusions n'étaient sans doute pas nécessaires et qu'il suffisait peut-être d'encourager tant les accords de collaboration que la création de services collectifs, éventuellement par des organismes communs pouvant accomplir des tâches auxquelles, individuellement, ces entreprises ne sauraient faire face. La jurisprudence « Fiorio » s'inscrit parfaitement dans ce courant. On observera que la qualification d'entente « licite » intéresse les seules ententes de faible envergure, constituées entre des entreprises de dimensions restreintes, mais non toutes ces ententes : elle suppose impérativement, en effet, leur contribution active à la concurrence par l'entrée en compétition, autorisée par le regroupement, avec des entreprises ou des groupes plus puissants.

Les ententes de grande envergure se voient appliquer, en revanche, un raisonnement différent. Le regroupement des forces leur confère une puissance redoutable ; ce seul risque emporte, conformément aux solutions traditionnelles, la qualification d'entente prohibée par l'article 59 bis. S'il apparaît que l'on peut espérer d'une telle entente des avantages sur le plan du progrès économique, elle pourra bénéficier du rachat prévu à l'article 59 ter-2°.

On voit donc apparaître un clivage, fondé sur la prise en considération de la taille de l'entente, lorsque l'entrave est seulement éventuelle. Cette solution, pleinement justifiée d'un point de vue économique, est conforme à l'esprit de la réglementation, sinon à sa lettre.

636. — Dès lors, cependant, que l'entrave est intentionnelle ou effective, il n'y a plus aucune raison de distinguer entre les grandes et les petites ententes. De nombreux avis ont prouvé qu'une entente contrôlant une part relativement faible du marché pouvait avoir des effets très nocifs sur la concurrence. C'est vrai, *a fortiori*, pour les

---

(9) Avis précité du Conseil économique et social, p. 1101.

ententes puissantes. Une entrave réelle traduit d'ailleurs, dans la plupart des cas, une intention anticoncurrentielle. Point n'est besoin d'une intention délictueuse caractérisée ; la simple conscience qu'ont eue les professionnels de limiter la concurrence suffit à l'incrimination mais, la preuve étant difficile à rapporter, la Commission se contentera généralement de la constatation des effets, l'intention étant d'ailleurs présumée en présence de pratiques condamnables « en soi ».

637. — On constate, donc, que la mise en œuvre du système français de contrôle des ententes s'est effectuée d'une façon particulièrement originale. Pour une partie des pratiques, une approche de type « automatique » conduit à des solutions d'une parfaite clarté ; pour les autres, la qualification au regard de l'article 59 bis, est toujours liée à la constatation d'un abus, mais les règles sont désormais suffisamment précises pour que les entreprises soient à même de déterminer leurs stratégies et leurs comportements sur le marché. Celles que tenterait la constitution d'une entente doivent savoir qu'aucune manifestation de corporatisme ou de malthusianisme ne sera tolérée, que tout procédé aboutissant à figer et à cristalliser les structures est prohibé et sera réprimé (10). Celles qui mettront en œuvre des restrictions de concurrence raisonnables et utiles devront, dans le même temps, entreprendre des actions énergiques en faveur du progrès économique puisque c'est pratiquement le seul moyen de bénéficier d'un « rachat ».

638. — L'article 59 ter-1° est, en effet, quasiment inappliqué et on peut supposer qu'il le restera dans la mesure où une véritable politique de concurrence apparaît aujourd'hui comme le meilleur moyen de surmonter la crise économique. Au demeurant, les méthodes dirigistes n'ont plus vraiment la confiance de l'opinion et vivifier la concurrence, lorsqu'elle est possible, paraît être une meilleure solution face aux difficultés que connaît l'économie française : ainsi comprend-on que, face à « une économie composite dans ses structures mais libérales dans son inspiration (...) la Commission en appelle moins à l'action de l'Administration et davantage aux initiatives qu'elle attend des entreprises et à celles qu'elle espère des consommateurs » (11).

---

(10) Les sanctions administratives pécuniaires, prévues par la loi du 19 juillet 1977, qui seront recouvrées comme en matière d'impôts directs devraient permettre une répression parfaitement rapide et efficace, à condition que leur montant soit suffisamment dissuasif ; or, cela ne paraît pas être le cas en ce qui concerne les premières recommandations de la Commission de la concurrence. Sur la « prospérité » de la délinquance d'affaires, cf. M. DELMAS-MARTY, Pour rendre plus dissuasif le droit pénal des affaires, in « Le Monde », du 12 juin 1979, p. 23.

(11) Rapport pour 1973, p. 2606.



639. — Le rachat au titre de l'article 59 ter-2° constitue alors, pour une entente, le seul moyen d'échapper à la prohibition. Elle doit pouvoir justifier d'un progrès et en être la cause déterminante. Le « progrès » requis par l'article 59 ter-2° peut consister dans des résultats positifs obtenus par l'entente dans quelque domaine que ce soit. En pratique, la Commission a toujours retenu très favorablement les performances à l'exportation ; ce mouvement devrait s'accroître, compte tenu du déficit de notre balance des paiements qui préoccupe les pouvoirs publics. Les concentrations, après avoir longtemps été considérées comme signe de progrès malgré certaines réserves (12), sont envisagées avec beaucoup plus de circonspection, soit qu'elles n'entraînent pas les avantages habituels des économies d'échelle dans certaines branches industrielles, soit qu'elles présentent un caractère excessif.

640. — On aborde alors le problème des conditions structurelles d'un fonctionnement effectif de la concurrence. Il appartiendra à la Commission de la concurrence, créée par la loi du 19 juillet 1977, de veiller à l'établissement de l'équilibre des forces sur le marché ; mais la voie a été ouverte par la Commission technique, qui, dans des conditions difficiles et avec peu de moyens, a su jeter les bases d'un véritable droit de la concurrence.

S'agissant, plus particulièrement, de la définition de l'entente prohibée, nous avons vu se dégager des règles sûres à travers une « jurisprudence » dont il convient de souligner la cohérence. Préciser des règles sur lesquelles les professionnels puissent se fonder a d'ailleurs été l'objectif constant de la Commission. Contrairement à certains auteurs (13), nous ne pensons pas que la frontière ait toujours été imprécise entre l'entente illicite et l'entente justifiée ; la catégorie intermédiaire qu'ils décèlent, celle de l'« entente dangereuse », est en réalité une entente prohibée non réprimée. Le droit des ententes a, en effet, connu un certain échec dans la répression, à la fois inefficace et inadaptée (14) mais qui n'était pas du ressort de la Commission. Une attitude plus rigoureuse eut-elle, cependant, été plus efficace ? Et ne valait-il pas mieux admettre l'ineffectivité temporaire de la règle (15), afin précisément de permettre la formation d'un droit des ententes ? Tel a été, semble-t-il, l'avis de la

---

(12) Rapports pour 1958 et 1959, p. 305 et pour 1963 à 1966, p. 3.

(13) Ph. LAURENT, *op. cit.*, p. 315.

(14) Exposé des motifs du projet de loi n° 2388, p. 4.

(15) L'« effectivisme », en droit, peut être un faux réalisme et une règle de droit, inefficace aux yeux du juriste, peut se révéler utile dans la mesure où, sociologiquement, elle a une effectivité partielle (J. CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, *in* Flexible droit, *op. cit.*, p. 103).

Commission qui souligne, dans le rapport pour 1975, que plus de cent avis rendus en vingt ans de fonctionnement

« ont donné au droit des ententes un contenu suffisamment précis pour que le respect de ce droit puisse maintenant être exigé et, au besoin, imposé » (16).

Le fait que la loi du 19 juillet 1977 ait amélioré le système répressif sans aucunement modifier la définition de l'infraction est d'ailleurs significatif de la confiance du législateur dans la construction juridique élaborée depuis 1954. La nouvelle Commission de la concurrence devra poursuivre l'œuvre entreprise mais, ainsi que l'observerait le Premier ministre, c'est « sur un édifice déjà solide » qu'elle aura à construire et, s'il lui échoit de faire acquérir à tous les partenaires économiques « une conscience plus aiguë et plus militante des vertus de la concurrence » (17), il revient à la Commission technique d'avoir posé les principes généraux et formulé les règles de droit.

---

(16) Rapport pour 1975, p. 1000.

(17) Discours précité de M. R. BARRE, Premier ministre, lors de l'installation dans ses fonctions de la Commission de la concurrence, le 24 nov. 1977.



# BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES GENERAUX

### *Droit français*

- BARRE (R.).— Economie politique, Paris, P.U.F., 9<sup>me</sup> éd., 1972.
- BOUZAT (P.).— Traité de droit pénal, Paris, Dalloz, 1971.
- CARBONNIER (J.).— Droit civil : les obligations, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 8<sup>me</sup> éd., 1975.
- CHAMPAUD (Cl.).— Cours polycopié de droit de la concurrence, Rennes, 1974-75.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.).— Cours élémentaire de droit civil français, T. II par L. JULLIOT de La MORANDIERE, Paris, Dalloz, 1948.
- DECOCQ (A.).— Droit pénal général, Paris, Armand Colin, 1971.
- ESCARRA (E. et J.) et RAULT (J.).— Traité de droit commercial, T. I et II par J. HEMARD, Paris, Sirey, 1953 et 1954.
- FARJAT (G.).— Droit économique, Paris, P.U.F., 1971.
- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.).— Les obligations, Paris, Armand Colin, 1975.
- GENY (F.).— Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Paris, L.G.D.J., 1919.
- HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.).— Traité de droit commercial, Paris, Dalloz, 1966.
- HEMARD (J.), MABILAT (P.) et TERRE (F.).— Sociétés commerciales, T. I et II, Paris, Dalloz, 1972 et 1974.
- GORE (F.).— Droit des affaires, T. II, Paris, Montchrestien, 1977.
- HOMONT (A.).— Droit public économique, Paris, Les cours de droit, 1975-1976.
- JACQUEMIN (A.) et SHRANS (G.).— Le droit économique, Paris, P.U.F., 1974.
- JOSSERAND (L.).— Cours de droit civil positif français, T. I et II, Paris, Sirey, 1932 et 1933.
- LAUBADERE (A. de).— Traité de droit administratif, Paris, L.G.D.J. 1971.
- LEBEL (Cl.).— Les règles de la concurrence en droit français, Paris, L.G.D.J., 1972.
- MAZEAUD (H., L. et J.).— Droit des obligations, T. II, 4<sup>me</sup> éd. par M. de JUGLART, Paris, Montchrestien, 1973.
- MERLE (R.) et VITU (A.).— Traité de droit criminel, Paris, Cujas, 2<sup>me</sup> éd., 1973.
- MOUSSERON (J.-M.), BURST (J.-J.), LELOUP (J.-M.) et SEUBE (A.).— Traité de droit de la distribution, Paris, Libr. Techniques, 1974.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.).— Traité élémentaire de droit commercial, Paris, L.G.D.J., 9<sup>me</sup> éd., 1977.
- ROUX (X. de), VOILLEMOT (D.) et VASSOGNE (T.).— Le droit français de la concurrence, Paris, Juridictionnaires Joly, 1975.
- STARK (B.).— Droit civil : les obligations, Paris, Libr. techniques, 1972.
- STEFANI (G.) et LEVASSEUR (G.).— Droit pénal général, Paris, Dalloz, 9<sup>me</sup> éd., 1976.
- WALINE (M.).— Droit administratif, Paris, Sirey, 9<sup>me</sup> éd., 1963.
- WEILL (A.) et TERRE (F.).— Droit civil : les obligations, Paris, Dalloz, 1975.



*Droit communautaire*

- CATALANO (N.). — Manuel de droit des communautés européennes, Paris, Dalloz-Sirey, 2<sup>me</sup> éd., 1965.
- FRANCESCHELLI (R.), PLAISANT (R.) et LASSIER (J.). — Droit européen de la concurrence, Paris, Delmas, 1967.
- GOLDMAN (B.). — Cours de droit de la concurrence, Paris, Les cours de droit, 1966-1967.
- Droit commercial européen, Paris, Dalloz, 3<sup>me</sup> éd., 1975.
- GUYENOT (J.). — Droit antitrust européen, Montréal, 1973.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.). — Droit du commerce international, Paris, Sirey, 1969.
- MEGRET (J.), LOUIS (J.), VIGNES (D.) et WELBROECK (M.). — Le droit de la communauté économique européenne, Bruxelles, Presses universitaires, 1972-1974.
- PLAISANT (R.) et JADAUD (B.). — Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 1976.
- ROUX (X. de) et VOILLEMOT (D.). — Le droit de la concurrence dans les communautés européennes, Paris, Juridictionnaires Joly, 1972.
- VANDAMME (J.) et GUERIN (H.). — La réglementation de la concurrence dans le Marché commun, Paris, P.U.F., 1974.
- SAINT-ESTEBEN (R.). — Droit communautaire et droits nationaux, Préf. B.

## OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES

1) *Essentiellement consacrés aux ententes**Ouvrages antérieurs à 1945*

- AMIAUD (A.). — Les nouvelles formes d'ententes entre producteurs devant la loi pénale, Thèse Paris, 1914.
- DUSSAUZE (P.). — L'Etat et les ententes industrielles, Thèse Paris, 1938.
- MASSOUBRE (E.). — Les ententes professionnelles, Thèse Paris, 1935.
- MAZEAUD (L.). — Le problème des unions de producteurs devant la loi française, Paris, 1924.
- Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France, Paris, 1928.

*Ouvrages postérieurs à 1945*

- BLAISE (J.-B.). — Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des communautés européennes, préf. R. ROBLOT, Thèse Nancy, Paris, L.G.D.J., 1964.
- BRAUN (A.), GLEISS (A.) et HIRSH (M.). — Droit des ententes de la Communauté économique européenne, Bruxelles, Larcier, et Paris, Dalloz, 1972.
- CARABIBER (Ch.). — Trusts, cartels et ententes, législation et jurisprudence des principaux pays industriels et de la C.E.E., Paris, 1964.
- CONRAD (J.). — Les ententes de répartition de marché en droit français et allemand comparés, Thèse 3<sup>me</sup> cycle, Dijon, 1975.
- FRANÇON (A.). — Les ententes et les monopoles selon le Traité de Rome, Clunet, 1962.

- GUYENOT (J.). — Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprises en France et dans le Marché commun, Paris, L.G.D.J., 1971.
- Le droit des ententes industrielles et commerciales, Paris, P.U.F., Dossiers Thémis, 1972.
- JENNY (F.) et WEBER (A.-P.). — L'entreprise et les politiques de concurrence, Paris, Les éditions d'organisation, 1976.
- VAN GERVEN (W.). — Principes du droit des ententes dans la C.E.E., Bruxelles, Bruylant, 1966.
- THIESING (J.), SCHROTER (H.) et HOCHBAUM (I.). — Les ententes et positions dominantes dans le droit de la C.E.E., Préf. A. TOUFFAIT, Paris, Jupiter-Navarre, 1977.

## 2) *Non essentiellement consacrés aux ententes*

- ANCEL (M.). — La défense sociale nouvelle, Paris, Cujas, 2<sup>me</sup> éd., 1966.
- ARON (R.). — Dix-huit leçons sur la société industrielle, Paris, Gallimard, 1962.
- Démocratie et totalitarisme, Paris, Gallimard, 1965.
- AZEMA (J.). — La durée des contrats successifs, Préf. R. NERSON, Paris, L.G.D.J., 1969.
- BARRE (R.). — L'Europe des crises, Bruxelles, Bruylant, 1976.
- BEAUMONT (R. de). — L'aménagement des monopoles d'Etat français visés par l'article 37 du Traité de Rome, Préf. R. DRAGO, Paris, L.G.D.J., 1969.
- BIENAYME (A.). — La croissance des firmes, Paris, Bordas, 1973.
- BLOCH-LAINE (F.). — A la recherche d'une économie concertée, Paris, Editions de l'Epargne, 1964.
- BRICHET (R.). — Associations et syndicats, Paris, Litec, 4<sup>me</sup> éd., 1976.
- BRUSETTI (M.). — Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes, Thèse Grenoble, 1977.
- BUISSON (B.), LAGGER (M. de) et TANDEAU DE MARSAC (X.). — Etude sur le contrat de concession exclusive, Paris, Sirey, 1968.
- CALAIS-AULOY (J.). — Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, Thèse Montpellier, 1959.
- CALAIS-AULOY (J.) et MOUSSERON (J.-M.). — Les biens de l'entreprise, Paris, Libr. Techniques, 1972.
- CALUWE (A. de). — Le droit de la concurrence, T. I et II, Bruxelles, Larcier, 1973.
- CARBONNIER (J.). — Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, L.G.D.J., 1969.
- Sociologie juridique, Paris, Armand Colin, 1972.
- CARTELL (J.) et COSSE (P.-Y.). — La concurrence capitaliste, Paris, Editions du Seuil, 1973.
- CASEL (J.). — Refus de vente, contrat d'exclusivité, contrat de concession, Paris, 1960.
- Concurrence et réglementation des prix, Paris, Dunod, 1971.
- CASTAGNEDE (B.). — L'équilibre financier des entreprises publiques, Paris, Armand Colin, 1971.
- CHAMBERLIN (E.-H.). — La théorie de la concurrence monopolistique, Paris, P.U.F., 1953.
- CHAMPAUD (Cl.). — Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris, Sirey, 1962.
- CHAMPAUD (Cl.) et PAILLUSSEAU (J.). — L'entreprise et le droit commercial, Paris, Armand Colin, 1970.
- CHAPELLE (J.) et PONSARD (Cl.). — La capacité de concurrence de l'industrie française, Paris, Bordas, 1971.
- CHENOT (B.). — Organisation économique de l'Etat, Paris, Dalloz, 1965.
- CHEVALLIER (J.). — Le service public, Paris, P.U.F., Dossiers Thémis, 1971.
- CHOLLET (N.). — Les contrats de publicité, Thèse Montpellier, 1970.

- COLSON (J.-Ph.). — L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, Thèse Montpellier, 1969.
- CROZIER (M.). — La société bloquée, Paris, Editions du Seuil, 1971.
- DELMAS-MARTY (M.). — Droit pénal des affaires, Paris, P.U.F., 1973.
- DESPAX (M.). — L'entreprise et le droit, Thèse Toulouse, 1956.
- DREYFUS (F.). — L'interventionnisme économique, Paris, P.U.F., 1971.
- La liberté du commerce et de l'industrie, Paris, Berger-Levrault, 1973.
- DUBOIS (J.-P.). — La position dominante et son abus, Préf. B. GOLDMAN, Paris, Libr. Techniques, 1968.
- FARIAT (G.). — L'ordre public économique, Préf. B. GOLDMAN, Paris, L.G.D.J., 1963.
- FLEURIET (M.). — Les techniques de l'économie concertée, thèse, Paris, Sirey, 1974.
- FRANK (L.). — La libre concurrence, Paris, P.U.F., « Que sais-je ? », 1963.
- GALBRAITH (J.-K.). — Le capitalisme américain, Paris, Médecis, 1955.
- Le nouvel Etat industriel, Paris, Gallimard, 1968.
- L'ère de l'opulence, Paris, Calmann-Lévy, 1970.
- GELINIER (O.). — Morale de l'entreprise et destin de la nation, Paris, Plon, 1965.
- Le secret des structures compétitives, Paris, Hommes et techniques, 1966.
- GODCHOT (J.-E.). — Les sociétés d'économie mixte et l'aménagement du territoire, Paris, Berger-Levrault, 1966.
- GUIBAL (M.). — Les ordres professionnels, Thèse Montpellier, 1970.
- GUYENOT (J.). — Le contrat de concession commerciale, Paris, Sirey, 1968.
- Les contrats de groupement d'intérêt économique, Paris, L.G.D.J., 1970.
- HOUSIAUX (J.). — Le pouvoir de monopole, Paris, Sirey, 1958.
- Concurrence et Marché commun, Paris, Génin, 1967.
- JACQUEMIN (A.). — L'entreprise et son pouvoir de marché, Préf. J. HOUSIAUX, Paris, P.U.F., 1967.
- JACQUOT (H.). — Le statut juridique des plans français, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1973.
- JENNY (F.) et WEBER (A.-P.). — Concentration et politique des structures industrielles, Préf. E. MALINVAUD, Doc. française 1974.
- JOUVENEL (B. de). — Du pouvoir, histoire naturelle de sa croissance, Paris, Hachette, 1972.
- JOSSERAND (L.). — De l'esprit des lois et de leur relativité, Paris, 2<sup>me</sup> éd., 1939.
- KAPLAN (A.) et LASWELL (N.-D.). — Power and society, Yale University Press, 1950.
- KELLY. — The profitability of growth through mergers, Pennsylvania State University Press, 1967.
- KRIER (H.) et LEBOURVA (J.). — Economie politique, Paris, Armand Colin, coll. U., 1968.
- LAMBOLEY (A.). — La société civile professionnelle : un nouveau statut de la profession libérale, Thèse Montpellier, Paris, Libr. Techniques, 1974.
- LARGUIER (J.). — Droit pénal des affaires, Paris, Armand Colin, 1970.
- LAVABRE (Ch.). — Le groupement d'intérêt économique, Thèse Montpellier, 1971.
- LE MOAL (R.). — Contribution à l'étude d'un droit de concurrence, Thèse Rennes, 1972.
- MALINVAUD (E.). — Leçons de théorie micro-économique, Paris, Dunod, 1969.
- MAILLOT (D.). — La place de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français, Thèse Paris, 1964.
- MARCHAT (Ph.). — L'économie mixte, Paris, P.U.F., « Que sais-je ? », 1971.
- MIAILLE (M.). — Les moyens administratifs du plan, Thèse Montpellier, 1969.
- MORVAN (Y.). — La concentration de l'industrie en France, Paris, Armand Colin, 1972.
- Economie industrielle, Paris, P.U.F., 1976.
- MOUSSERON (J.-M.). — Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective, Thèse Montpellier, 1961.
- MULLER (J.-C.). — De la concurrence : un essai de démythification, Préf. R. BARRE, Paris, Cujas, 1969.

- PAILLUSSEAU (J.). — La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise, Paris, Sirey, 1967.
- PIATIER (A.). — Les formes modernes de la concurrence, Paris, Gauthier-Villars, 1964.
- PERROUX (F.). — L'économie du XX<sup>me</sup> siècle, Paris, P.U.F., 1969.
- PRIOURET (R.). — La France et le management, Paris, Denoël, 1968.
- RIPERT (G.). — Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, L.G.D.J., 1946.  
— Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., 1955.
- SAVATIER (J.). — Etude juridique de la profession libérale, Thèse Poitiers, Paris, L.G.D.J., 1947.
- SAVATIER (R.). — Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Paris, Dalloz, 1959.  
— La théorie des obligations : vision juridique et économique, Paris, Dalloz, 2<sup>me</sup> éd., 1969.
- SCHUMPETER (J.-A.). — Capitalisme, socialisme et démocratie, Paris, Payot, 1967.
- SERRA (Y.). — L'obligation de non concurrence dans le droit des contrats, Thèse Montpellier, Paris, Sirey, 1970.
- SERVAN-SCHREIBER (J.-J.). — Le défi américain, Paris, Denoël, 1967.
- SEUBE (A.). — Le contrat de fourniture, Thèse Montpellier, 1970.
- SOTO (J. de). — Grands services publics et entreprises nationales, Paris, Montchrestien, 1971.
- TEMPLE (H.). — Les sociétés de fait, Préf. J. CALAIS-AULOY, Paris, L.G.D.J., 1975.
- TEYSSIE (B.). — Les groupes de contrats, Préf. J.-M. MOUSSERON, Thèse Montpellier, Paris, L.G.D.J., 1975.
- THOMAS (D.). — Les limitations conventionnelles à la liberté de contracter, Thèse Montpellier, 1976.
- TRESCASES (H.). — L'avenir des P.M.E., les actions concertées, Paris, Dunod, 1970.
- VERDIER (J.-M.). — Les syndicats, Paris, Dalloz, 1966.

## ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS, COMMUNICATIONS, DISCOURS

- BARBRY (P.) et PLAISANT (R.). — Libre concurrence et ententes industrielles (décret du 9 août 1953), D. 1954. Chr. 67.
- BARRE (R.). — Communication devant la Commission spéciale, annexée au rapport Le Theule. Doc. Ass. Nat. n° 2954.  
— Allocation prononcée lors de l'installation de la Commission de la concurrence le 24 novembre 1977, notes du service de l'information du ministère de l'Economie et des Finances, 12/77/2.
- BIENAYME (A.). — L'application de l'article 86 du Traité de Rome dans la décision Continental can. Rev. trim. dr. europ. 1972. 72.
- BOUZAT (P.). — Concurrence, ententes professionnelles (commentaire de l'ordonnance du 28 septembre 1967). Rev. trim. dr. com. 1968. 185.
- BROCHET (A.). — La concurrence par les prix et les ententes professionnelles. Dr. soc. 1977. 78.
- BURST (J.-J.). — Groupement d'intérêt économique ou société : le problème du choix. J.C.P. 1969. I. 2257.
- CALAIS-AULOY (J.). — L'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique in Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Journées H. CABRILLAC, Libr. Techniques, 1968.  
— Les ventes agressives. D. 1970. Chr. 37.



- CAQUELIN (F.). — Réglementation pénale en matière de promotion des ventes. D. 1970. Chr. 21.
- CHAMPAUD (Cl.). — La concession commerciale. Rev. trim. dr. com. 1963. 461.  
— Les méthodes de groupement des sociétés, Rev. trim. dr. com. 1967. 1002.  
— Contribution à la définition du droit économique. D. 1967. Chr. 125.  
— Liberté de la concurrence. Rev. trim. dr. europ. Chr. III.
- CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL. — La réglementation de la concurrence, des ententes et des positions dominantes en France et dans la C.E.E. élargie, Séance du 28 mai 1974, J.O. Avis et rapports du Cons. Eco. et Soc. 1974, p. 1099 et s.
- COLLIN (R.) et LASSIER (J.). — Le respect de la loyauté en matière de concurrence. Rev. int. conc. 1967. n° 100. p. 50.
- COSNARD (H.-D.). — Concession exclusive et refus de vente. D. 1962. Chr. 237.
- COSTA (J.-L.). — Progrès scientifique et technique (Rapport français). Rev. sc. crim. et dr. pén. comparé 1972. 3.
- DELMAS-MARTY (M.). — Le droit pénal de la vente. D. 1973. Chr. 323.
- DURAND (H.). — La Commission technique des ententes. Dr. soc. 1960. 65.
- DURAND (P.). — L'évolution contemporaine du droit de la concurrence, *in* Mélanges P. ROUBIER, T. II, p. 439 et s.
- DURRY (G.). — Le cinquième rapport de la Commission technique des ententes. J.C.P. 1964. I. 1858.
- DRAGO (R.). — Situation et avenir des entreprises publiques en France, Bull. de l'Institut international d'administration publique, n° 11, 1967, p. 7.
- EPSTEIN (J.), LASSIER (J.) et PLAISANT (R.). — Le contrôle des concentrations en France. D. 1978. Chr. 99.
- FOCSANEANU (L.). — Les ententes et pratiques concertées dans la C.E.E., R.M.C. 1962. 241.  
— Encore les ventes avec primes. J.C.P. 1972. I. 2483.  
— L'article 86 du Traité de Rome et la décision Continental Can company de la Commission de la C.E.E. (décision IV, 26811 du 9 déc. 1971). J.C.P. 1972. I. 2452.  
— La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, R.M.C. 1975, pp. 158, 221, 270, etc...  
— Le contrôle de la concentration économique : droit comparé, droit communautaire, droit français, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, Libr. Techniques, 1978, p. 271.
- FOURRE (J.). — Le contrôle des ententes en France. A.J.D.A. 1964. I. 196.
- FRANÇON (A.). — L'ordonnance n° 67-835 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence *in* Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Journées H. CABRILLAC, Libr. Techniques, 1968, p. 63.
- GOLDMAN (B.). — Les contrats d'exclusivité *in* Les ententes à l'échelle européenne, Institut d'administration des entreprises, Dunod, 1967.  
— Coopération, concentration, fusions d'entreprises dans la C.E.E. : obstacles tenant au droit interne des sociétés. R.M.C. janv. 1968.  
— Les problèmes d'application territoriale des lois sur la concurrence. Rec. cours Acad. dr. intern. 1969. III. 631.  
— Les effets juridiques extra-territoriaux de la politique de concurrence. R.M.C. 1972. 612.  
— Concurrence (aspects juridiques) *in* Encyclopaedia Universalis, vol. 4, p. 839 et s.
- GUERIN (H.). — La loi n° 65-549 du 9 juillet 1965 et les modifications apportées à la législation économique. J.C.P. 1965. I. 1950.
- GUYENOT (J.). — Commentaire de l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967. D. 1967. L. 481.  
— Etude juridique et économique des exclusivités de vente. Dr. soc. 1965. p. 1 et 78.  
— Les conventions d'exclusivité de vente. Rev. trim. dr. com. 1963. 513.

- Les métamorphoses du système répressif des ententes industrielles et commerciales, in *Mélanges P. VOIRIN*, L.G.D.J., 1967, p. 301.
- Répertoire Dalloz, Dr. commercial, V<sup>e</sup> ententes économiques.
- GUIBAL (M.). — La justification des atteintes portées à la liberté du commerce et de l'industrie. A.J.D.A. 1972. 330 et s.
- HEMARD (J.). — L'évolution contemporaine de la réglementation de la concurrence in *Mélanges offerts à L. JULLIOT de la MORANDIERE*, Dalloz, 1964, p. 215.
- HERIN (J.-L.). — Brevets et concurrence au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, l'apport de l'arrêt du 31 octobre 1974 (aff. 15-74). Rev. trim. dr. com. 1977. 383.
- HOUIN (R.). — Les conséquences civiles d'une infraction aux règles de la concurrence. *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1963, p. 27.
- HOUSIAUX (J.). — L'analyse behavioriste du mouvement de concentration, R.M.C. n<sup>o</sup> spécial : Coopération, concentration et fusions d'entreprises dans la C.E.E., 1968, p. 59.
- Concurrence (aspects économiques), in *Encyclopaedia Universalis*, T. IV, p. 840 s.
- Rapport de synthèse au colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Dijon les 24-25 avril 1970 sur « La capacité de concurrence de l'industrie française », Bordas, 1971.
- JACQUEMIN (A.). — Pour une nouvelle approche du droit économique. R.M.C. 1967. 439.
- JAUME (R.). — Evolution de quelques problèmes pratiques de la réglementation des ententes. Dr. soc. 1967. 473.
- JEANTET (F.-C.). — Aspects du droit économique in *Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 34.
- Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité. J.C.P. 1963. I. 1743.
- Définition de l'entente illicite au regard des différents textes applicables. J.C.P. éd. C.-I. 1964. 75343.
- Première décision de la Commission de la C.E.E. appliquant l'article 85 du Traité de Rome à un accord de distribution exclusive J.C.P. 1964. I. 1871.
- Loi sur le contrôle des concentrations en France, J.C.P. éd. C.-I. 1977. II. 12547.
- JENNY (F.) et WEBER (A.-P.). — L'évolution de la concentration industrielle en France de 1961 à 1969. *Economie et statistiques* 1974, n<sup>o</sup> 60, p. 45.
- L'administration va-t-elle continuer à encourager les pratiques anticoncurrentielles ? in « *Le Monde de l'Economie* », 20 mai 1975, p. 7.
- JUVIGNY (P.). — Syndicats professionnels. Jur. cl. Sociétés, Fasc. 177-2 et 177-3.
- LAUGIER (L.). — La prohibition des abus de position dominante. *Gaz. Pal.* 1965. 2. Doctr. 99.
- La notion d'abus de position dominante en droit interne. *Gaz. Pal.* 30 sept. 1967.
- LAURENT (Ph.). — L'entente, une catégorie juridique ambivalente. D. 1977. Chr. 307.
- LEAUTE (J.). — Rapport général sur les infractions économiques, Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1963, p. 617.
- LEGAL (A.). — La responsabilité sans faute, in *Mélanges PATIN*, Cujas, 1965.
- LE TALLEC (G.). — Les règles de concurrence précisées par la Cour de justice des communautés, les conséquences pour les contrats d'exclusivité. Rev. trim. dr. europ. 1966. 611.
- LE TARNEC (A.). — Les ententes et le Marché commun. *Gaz. Pal.* 1962. 1. doct. 44.
- LOSCHAK (D.). — Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées. A.J.D.A. 1971. 261.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.). — La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire. D. 1963. Chr. 33.
- LYON-CAEN (G.). — Cinéma et télévision. D. 1963. Chr. 91.

- MATHELY (P.). — La jurisprudence de la Commission technique des ententes. A.P.I. 1960. 237.
- MAZARD (J.). — Prix d'ententes et prix imposés. Dr. soc., mars 1953.  
— Aspects du droit pénal économique français : autonomie et orthodoxie. Rev. Sc. crim. 1957. 19.
- MOUSSERON (J.-M.). — L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention, in Etudes de droit commercial à la mémoire de H. CABRILLAC, Libr. Techniques, 1968, p. 345 s.
- MOUSSERON (J.-M.) et SEUBE (A.). — A propos des contrats d'assistance et de fourniture. D. 1973. Chr. 197.
- MUELLER (W.-F.). — Public policy toward vertical mergers, in Public policy toward mergers, Goodyear publishing Co, Pacific palisades Calif., 1969, p. 51.
- NORA (S.). — Rapport sur les entreprises publiques. Doc. française 1967.
- PADIS (P.). — Evolution de la politique de la concurrence et du droit des ententes en Europe. Gaz. Pal. 1971. I. doct. 189.
- PIROVANO (A.). — Réflexions sur le destin des théories de Josseland. D. 1972. Chr. 67.
- PLAISANT (R.) et LASSIER (J.). — Voir EPSTEIN.  
— Les trois premières années d'une politique des ententes. D. 1960. Chr. 11.  
— Les rapports de la Commission technique des ententes, années 1956 à 1959, D. 1962. Chr. 31.  
— L'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence. J.C.P. 1968. I. 2148.
- PRIEUR (R.). — Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché. Rev. trim. dr. europ. 1960. 501.  
— Ententes et positions dominantes industrielles et commerciales. Jur. Cl. Sociétés, Fasc. 178.  
— Ententes et positions dominantes dans la Communauté économique européenne. Jur. Cl. Sociétés, Fasc. 178. 1 A.
- REUTER (P.). — A propos des ententes industrielles et commerciales. Dr. soc. 1952. 443 et s., 508 et s.; 1953. 1 et s.
- RYZIGER (P.-F.). — Le contrat de concession exclusive face au délit de refus de vente et à la réglementation sur les restrictions de concurrence dans le Marché commun. Gaz. Pal. 1963. I. doct. 12.
- SAVATIER (J.). — L'ordre public économique. D. 1965. Chr. 37.
- SCHWARTZ (J.). — Rapport sur les sociétés pétrolières. Doc. Ass. Nat. n° 1280.
- SELINSKY (V.). — La répression des ententes illicites et des abus de position dominante en France J.C.P. éd. C.-I. 1978. II. 12639.
- SOULEAU (Ph.). — La réglementation des ententes professionnelles dans le décret-loi du 9 août 1953. Dr. soc. 1953.  
— L'article 85 du Traité de Rome : l'affaire Grundig. D. 1966. Chr. 95.  
— Infractions économiques, ententes et positions dominantes, Jur. Cl. Pénal Annexes, Fasc. III. 2.
- STOUFFLET (J.). — Les pratiques restrictives de la concurrence dans la C.E.E. Jur. Cl. droit international, Fasc. 164. G.
- TEYSSIE (B.). — Le contrôle des ententes en Grande-Bretagne. Rev. int. dr. comp. 1977. 689.
- TOUFFAIT (A.) et HERZOG (J.-B.). — Le problème de la répression pénale des ententes économiques en droit français. J.C.P. 1967. I. 2047.
- TOULEMON (A.). — Le décret du 9 août 1953 relatif au maintien et au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale. Rev. trim. dr. com 1954. 289.
- TOUTEE (J.). — Les ententes professionnelles. Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1960, n° 14, p. 173.
- URI (P.). — Des idées pour un réformateur in « Le Monde », 31 janvier 1965.
- VIVEZ (J.). — Les dispositions de l'ordonnance relative à l'assainissement de la concurrence. J.C.P. 1968. I. 2145.
- VITU (A.). — La définition et le contenu du droit pénal économique in Mélanges offerts à J. HAMEL, Dalloz, 1961, p. 718.

ZIJLSTRA (J.). — Politique économique et problèmes de la concurrence dans la C.E.E. et les pays membres de la C.E.E. C.E.E. Etudes série concurrence, 1966, 2, pp. 14 et 26.

## DECISIONS DE JUSTICE

### *A propos des affaires examinées par la Commission*

- Aff. « Outils agricoles à main », Cf. Lyon 13 juin 1960, J.C.P. 1961. II. 12013 note M. BOITARD ; D. 1961. 148, note F. GORE.
- Aff. « Réparateurs de matériel roulant ferroviaire », Cf. Paris 4 nov. 1959, J.C.P. 1960. II. 11488, note R. PLAISANT.
- Aff. « Marché de la langouste », cf. Rennes 9 déc. 1959, Droit soc. 1960. 454, note TEITGEN; Cass. com. 13 mars 1963, D. 1964, note R. PLAISANT; J.C.P. 1964. II. 13616, note F.-C. JEANTET ; C.E. 22 oct. 1965, J.C.P. 1966. II. 14565, note J. GUYENOT.
- Aff. « O.R.T.F. », cf. Tr. com. Seine 8 mars 1965, J.C.P. 1965. II. 14208, note G. LYON-CAEN; D. 1965. som. 107; Paris 17 mai 1967, D. 1967. som. 95; 2<sup>e</sup> arrêt J.C.P. 1967. II. 15157, Concl. Ph SOULEAU; Paris 28 févr. 1972, J.C.P. 1973. IV. 31.
- Aff. « Groupement lainier mazamétain », Cf. T.G.I. Castres, 13 mars 1970, D. 1970. 358, note Ch. LAVABRE ; Rev. soc. 1970. 318, note J. GUYENOT.
- Aff. « Commerçants de Saverne », cf. T.G.I. Saverne 21 juillet 1971, D. 1972. 218, note Ch. LAVABRE; Colmar 11 juillet 1973, D. 1973. 748, note Ch. LAVABRE.
- Aff. « Travaux d'étanchéité », cf. Tr. corr. Paris 12 juin 1969, J.C.P. 1970. II. 16474, note J.-B. BLAISE; Paris 20 avril 1971, J.C.P. 1972. II. 17011, note H. GUERIN; Cass. crim. 13 juin 1972, J.C.P. 1972. II. 17245, D. 1972. som. 198.
- Aff. « Canalisations d'eau », cf. Rennes Ch. corr. 18 décembre 1974, J.C.P. 1976. II. 18245, note R. PLAISANT.
- Aff. « Toulouse-Mirail », cf. Toulouse Ch. acc. 17 février 1976, J.C.P. 1976. II. 18415, note H. GUERIN ; Cass. crim. 16 décembre 1976, J.C.P. 1977. II. 18601, note Cl. SOYER et A. DECOCQ.

### *Voir également les décisions suivantes*

- Cass. com. 7 janvier 1969, J.C.P. 1969. II. 16121, note M. PRIEUR.
- Paris 25 février 1972, D. 1973. 385, concl. J. CABANNES.
- Cass. com. 17 octobre 1972, D. 1973. som. 31.
- Cass. com. 13 novembre 1975, D. 1976. 17, note X.L.



## *A N N E X E S*

### *TRAVAUX DE LA COMMISSION TECHNIQUE DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES*

#### *RAPPORTS DE LA COMMISSION TECHNIQUE DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES*

- Rapport pour les années 1954 et 1955, J.O. Doc. adm. 1960, n° 1, p. 1 et s.
- Rapport pour l'année 1956, J.O. Doc. adm. 1960, n° 2, p. 15 et s.
- Rapport pour l'année 1957, J.O. Doc. adm. 1960, n° 11, p. 211 et s.
- Rapport pour les années 1958 et 1959, J.O. Doc. adm. 1961, n° 12, p. 303 et s.
- Rapport pour les années 1960 à 1962, J.O. Doc. adm. 1964, n° 2, p. 9 et s.
- Rapport pour les années 1963 à 1966, J.O. Doc. adm. 1967, n° 11, p. 1 et s.
- Rapport pour l'année 1967, J.O. Doc. adm. 1969, n° 12, p. 319 et s.
- Rapport pour l'année 1968, J.O. Doc. adm. 1970, n° 21, p. 481 et s.
- Rapport pour l'année 1969, J.O. Doc. adm. 1971, n° 7, p. 117 et s.
- Rapport pour les années 1970 et 1971, J.O. Doc. adm. 1972, n° 17, p. 417 et s.
- Rapport pour l'année 1972, J.O. Doc. adm. 1974, n° 2, p. 23 et s.
- Rapport pour l'année 1973, J.O. Doc. adm. 1974, n° 66, p. 2601 et s.
- Rapport pour l'année 1974, J.O. Doc. adm. 1975, p. 1204 et s.
- Rapport pour l'année 1975, J.O. Doc. adm. 1976, n° 38, p. 995 et s.
- Rapport pour l'année 1976, J.O. Doc. adm. 1977, n° 36, p. 979 et s.
- Rapport pour l'année 1977, J.O. Doc. adm. 1978, n° 62, p. 1977 et s.

## LISTE CHRONOLOGIQUE DES AVIS RENDUS PAR LA COMMISSION TECHNIQUE DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES DE 1954 A 1977

### ANNEE 1955

- Entente dans l'industrie du savon de ménage, 23 avr. 1955 (J.O., Doc. adm., 1960, n° 1, p. 8).
- Entente dans l'industrie et le commerce de la levure de panification, 24 sept. 1955 (op. cit., p. 9).
- Entente dans l'industrie du magnésium, 8 oct. 1955 (op. cit., p. 10).
- Entente entre fabricants de verre électrotechnique, 19 nov. 1955 (op. cit., p. 12).
- Entente entre fabricants de meules et produits abrasifs agglomérés, 17 déc. 1955 (op. cit., p. 13).

### ANNEE 1956

- Entente entre affréteurs pour les expéditions de charbon par voies navigables, 18 févr. 1956 (J.O., Doc. adm. 1960, n° 2, p. 20).
- Entente entre fabricants de fûts métalliques, 17 mars 1956 (op. cit., p. 21).
- Entente entre fabricants de lampes électriques, 26 mai 1956 (op. cit., p. 22).
- Entente entre fabricants de culots de lampes électriques, 26 mai 1956 (op. cit., p. 23).

### ANNEE 1957

- Entente entre fabricants de fils et câbles électriques isolés, 19 janv. 1957, (op. cit., p. 25).
- Ententes entre fabricants d'outils agricoles à main, 22 juin 1957 (J.O. Doc. adm. 1960, n° 11, p. 216).
- Entente entre fabricants de verre plat, 23 nov. 1957 (op. cit., p. 218).

### ANNEE 1958

- Ententes professionnelles dans le domaine de la publicité, 4 janv. 1958 (op. cit., p. 220).
- Entente entre fabricants de demi-produits en métaux cuivreux, 21 févr. 1958 (J.O. Doc. adm. 1961, n° 12, p. 307).
- Entente entre fabricants de jantes et guidons pour cycles, 19 avr. 1958 (op. cit., p. 309).
- Entente entre fabricants de cœurs d'aiguillages en acier moulé au manganèse, 21 juin 1958 (op. cit., p. 311).
- Entente entre fabricants de bandes transporteuses en caoutchouc, 7 juil. 1958 (op. cit., p. 312).
- Entente entre réparateurs de matériel roulant ferroviaire, 21 nov. 1958 (op. cit., p. 315).

*ANNEE 1959*

- Entente dans l'industrie de la meunerie parisienne, 18 déc. 1959 (op. cit., p. 316).
- Entente pour l'organisation du marché de la langouste, 19 déc. 1959 (op. cit., p. 318).

*ANNEE 1960*

- Entente dans l'industrie des tubes d'acier, 1<sup>er</sup> avr. 1960 (J.O., Doc. adm. 1964, n° 2, p. 16).
- Entente entre fabricants de tuyaux en caoutchouc, 21 mai 1960 (op. cit., p. 18).
- Entente dans l'industrie du superphosphate, 21 mai 1960 (op. cit., loc. cit.).
- Entente entre fabricants de raccords en fonte malléable, 22 oct. 1960 (op. cit., p. 20).
- Entente fanco-belge sur le marché des matériaux de viabilité, 5 nov. 1960 (op. cit., p. 22).
- Entente entre importateurs de bois du Nord, 17 déc. 1960 (op. cit., p. 24).

*ANNEE 1961*

- Entente entre fabricants de faux et faucilles, 17 mars 1961 (op. cit., p. 26).
- Entente entre armateurs et transitaires, 21 avril 1961 (op. cit., p. 28).
- Entente dans l'industrie des tuyaux en fonte, 19 mai 1961 (op. cit., p. 29).
- Entente dans l'industrie des verres d'optique médicale et de lunetterie, 16 juin 1961 (op. cit., p. 31).
- Entente entre fabricants de linoléum, 21 oct. 1961 (op. cit., p. 33).
- Entente entre fabricants de fourches et crocs, 16 nov. 1961 (op. cit., p. 35).
- Entente dans l'industrie des aciers étirés, 16 déc. 1961 (op. cit., p. 36).

*ANNEE 1962*

- Entente dans l'industrie de l'acier moulé, 22 juin 1962 (op. cit., p. 37).
- Société d'importation de faux, faucilles et matériel agricole (S.I.F.F.A.), 22 juin 1962 (op. cit., loc. cit.).
- Entente dans l'industrie du fil mousse de nylon, 22 juin 1962 (op. cit., p. 38).
- Entente dans l'industrie du sel, 17 nov. 1962 (op. cit., p. 39).

*ANNEE 1963*

- Entente entre fabricants de demi-produits en métaux cuivreux, 2<sup>me</sup> avis du 22 mars 1963 (J.O., Doc. adm. 1967, n° 11, p. 6).
- Entente entre fabricants de fils et câbles électriques isolés, 2<sup>me</sup> avis du 17 mai 1963 (op. cit., p. 7).
- Entente entre fabricants de tissus pour cravate marque Tergal, 19 oct. 1963 (op. cit., p. 9).
- Entente entre confectionneurs de cravates marque Tergal, 19 oct. 1963 (op. cit., p. 10).
- Entente entre fabricants de voile et marquisette marque Tergal, 19 oct. 1963 (op. cit., p. 11).
- Entente entre fabricants de tissus imperméables marque Tergal, 19 oct. 1963 (op. cit., p. 12).

*ANNEE 1964*

- Entente entre fabricants de munitions de chasse et de tir, 18 janv. 1964 (op. cit., p. 12).

- Ententes dans l'industrie de la semoulerie, 22 fév. 1964 (op. cit., p. 14).
- Entente dans l'industrie du carton ondulé, 19 juin 1964 (op. cit., p. 15).
- Entente dans l'industrie et le commerce de la levure de panification, 2<sup>me</sup> avis du 17 oct. 1964 (op. cit., p. 16).
- Entente entre fabricants de verre plat, 2<sup>me</sup> avis du 21 nov. 1964 (op. cit., p. 17).
- Entente dans l'industrie du jute, 19 déc. 1964 (op. cit., p. 19).

#### ANNEE 1965

- Entente entre fabricants de carreaux en grès cérame, 23 janv. 1965 (op. cit., p. 20).
- Entente entre fabricants de petits articles métalliques, 20 fév. 1965 (op. cit., p. 22).
- Entente entre fabricants de carreaux de revêtement en faïence, 20 mars 1965 (op. cit., p. 23).
- Entente entre fabricants de fûts métalliques, 2<sup>me</sup> avis du 24 sept. 1965 (op. cit., p. 25).
- Entente entre fabricants de jantes et guidons pour cycles, 2<sup>me</sup> avis du 22 oct. 1965 (op. cit., p. 27).
- Entente entre fabricants d'articles de visserie, 18 déc. 1965 (op. cit., p. 28).

#### ANNEE 1966

- Entente entre fabricants d'emballages légers en bois de Gascogne et de Provence, 22 janv. 1966 (op. cit., p. 29).
- Entente entre certains entrepreneurs de constructions de la région parisienne (casernements), 18 déc. 1965 (op. cit., p. 30).
- Entente entre installateurs de lignes électriques à haute tension, 19 févr. 1966 (op. cit., p. 31).
- Entente dans l'industrie des compteurs d'eau, 18 mars 1966 (op. cit., p. 33).
- Entente dans l'industrie des lampes électriques, 2<sup>me</sup> avis du 22 avr. 1966 (op. cit., p. 34).
- Entente entre fabricants d'explosifs industriels et d'accessoires de mines, 27 mai 1966 (op. cit., p. 37).
- Entente entre entreprises exécutant des travaux d'étanchéité, 8 juillet 1966 (op. cit., p. 38).
- Entente dans l'industrie de la semoulerie, 2<sup>me</sup> avis du 30 sept. 1966 (op. cit., p. 39).
- Entente entre producteurs d'agréats de la région de Metz, 21 oct. 1966 (op. cit., p. 40).

#### ANNEE 1967

- Entente entre fabricants d'échelles en bois, 19 mai 1967 (J.O., Doc. adm. 1969, n° 12, p. 323).
- Entente dans le négoce des produits d'amiant-ciment, 16 juin 1967 (op. cit., p. 324).
- Entente entre producteurs et négociants d'agréats de la région parisienne, 16 déc. 1966, 20 janv. et 5 juil. 1967 (op. cit., p. 325).
- Entente dans l'industrie de la filature du lin et du chanvre, 22 sept. 1967 (op. cit., p. 326).

#### ANNEE 1968

- Entente entre fabricants de sacs en papier à grande contenance, 19 janv. 1968 (J.O., Doc. adm., n° 21, p. 484).



- Entente dans l'industrie de la filature de coton cardé du Nord et de l'Ouest, 22 mars 1968 (op. cit., p. 485).
- Entente dans l'industrie du verre creux mécanique, 26 avr. 1968 (op. cit., p. 487).
- Entente des fabricants de papier à cigarettes, 17 mai 1968 (op. cit., p. 488).
- Entente dans l'industrie de la conserverie des champignons de couche, 18 oct. 1968 (op. cit., p. 489).
- Films cinématographiques à la télévision, 22 nov. 1968 (J.O., Doc. adm. 1974, n° 2, p. 33).

#### ANNEE 1969

- Entente entre blanchisseurs industriels de la région parisienne, 17 janv. 1969 (J.O., Doc. adm. 1971, n° 7, p. 121).
- Entente constituée par le syndicat des usiniers réunis du nettoyage à sec et de la teinture pour confrères, 21 févr. 1969 (op. cit., p. 122).
- Situation de la concurrence dans l'industrie et sur le marché de l'anhydride carbonique, 30 mai 1969 (op. cit., p. 124).
- Entente dans l'industrie des ciments et liants hydrauliques, 20 juin 1969 (op. cit., p. 125).
- Entente entre entreprises de pose de canalisations d'eau et d'assainissement, 4 juil. 1969 (op. cit., p. 127).
- Accords professionnels dans l'industrie de l'acide sulfurique, 21 nov. 1969 (op. cit., p. 130).
- Entente dans l'industrie des papiers minces spéciaux autres que le papier à cigarettes, 19 déc. 1969 (op. cit., p. 131).
- Réglementation professionnelle dans le secteur des vins de Champagne, 19 déc. 1969 (J.O., Doc. adm. 1974, n° 66, p. 2623).

#### ANNEE 1970

- Entente entre laboratoires de développement et tirage de films, 16 janv. 1970 (J.O. Doc. adm. 1972, n° 17, p. 421).
- Entente dans l'industrie des aciers étirés, 2<sup>me</sup> avis du 20 févr. 1970 (op. cit., p. 422).
- Situation de la concurrence en matière de commercialisation des sucres dénaturés, 2 oct. et 27 nov. 1970 (op. cit., p. 424).
- Boycottage de la société de transports Limouzy par le Groupement lainier mazamétain (G.L.A.M.), 18 déc. 1970 (op. cit., p. 425).

#### ANNEE 1971

- Pratiques anticoncurrentielles dans l'industrie des casiers à bouteilles en matière plastique, 17 mars 1971 (op. cit., p. 427).
- Situation de la concurrence dans le secteur des services funéraires, 18 juin 1971 (op. cit., p. 428).
- Entente dans l'industrie du jute, 2<sup>me</sup> avis du 18 juin 1971 (op. cit., p. 430).
- Ententes entre fabricants de fils et câbles électriques isolés, 3<sup>me</sup> avis des 9 juil. et 17 sept. 1971 (op. cit., p. 430).
- Situation de la concurrence sur le marché du whisky, 19 nov. 1971 (avis non publié en application de l'article 20 du décret n° 68-1027 du 23 nov. 1968 modifié).

#### ANNEE 1972

- Entente entre pépiniéristes, 21 janv. 1972 (J.O., Doc. adm. 1974, n° 2, p. 29).
- Entente entre entreprises de pose de canalisations électriques souterraines dans la région de Lyon, 23 févr. et 17 mars 1972 (op. cit., p. 30).

- Pratiques anticoncurrentielles relevées à l'encontre d'entreprises ayant soumis à des marchés de travaux pour la ville d'Alençon, 22 sept. 1972 (op. cit., p. 31).
- Situation de la concurrence dans l'industrie du plâtre, 6 déc. 1972 (op. cit., p. 32).

## ANNEE 1973

- Pratiques anticoncurrentielles reprochées à un groupement d'intérêt économique de commerçants de Saverne, 10 janv. 1973 (J.O., Doc. adm. 1974, n° 66, p. 2607).
- Situation de la concurrence dans le secteur des produits pétroliers, 9 févr. 1973 (op. cit., p. 2607).
- Situation de la concurrence dans l'industrie du ramassage et de la régénération des huiles usagées, 28 mars 1973 (op. cit., p. 2609).
- Situation de la concurrence dans l'industrie des cuves et citernes à hydrocarbures, 18 mai 1973 (op. cit., p. 2612).
- Situation de la concurrence entre fabricants de carreaux de grès cérame, 2<sup>me</sup> avis du 21 sept. 1973 (op. cit., p. 2614).
- Situation de la concurrence entre fabricants de carreaux de revêtement de faïence, 2<sup>me</sup> avis du 21 sept. 1973 (op. cit., p. 2615).
- Entente entre entreprises de pose et de réfection de réseaux électriques aériens dans la région du Sud-Ouest, 5 oct. 1973 (op. cit., p. 2617).
- Pratiques anticoncurrentielles dans l'industrie des tubes en chlorure de polyvinyle rigide, 17 oct. 1973 (op. cit., p. 2619).
- Entente entre entreprises ayant soumissionné à un appel d'offres pour la construction d'un ensemble littéraire pour l'Université de Toulouse-Mirail, 16 nov. 1973 (op. cit., p. 2621).

## ANNEE 1974

- Plainte d'un garagiste contre une société de distribution de produits pétroliers, 16 janv. 1974 (non publié en application de l'article 20 du décret n° 68-1207 du 23 nov. 1968).
- Plainte d'un groupement d'acheteurs contre un syndicat de négociants en combustibles liquides, 16 janvier 1974 (non publié en application de l'article 20 du décret n° 68-1207 du 23 nov. 1968).
- Situation de la concurrence dans le secteur des transports scolaires, 18 févr. 1974 (J.O., Doc. adm., 1975 n° 55, p. 1209).
- Entente entre fabricants d'outils en carbure de tungstène, 20 sept. 1974 (op. cit., p. 1214).
- Situation de la concurrence dans le négoce et l'industrie des tuiles et briques, 16 oct. 1974 (op. cit., p. 1212).
- Licéité de l'activité du groupement d'intérêt économique « Groupement d'entreprises licenciés Fiorio » au regard des règles de la concurrence, 21 juin et 8 nov. 1974 (op. cit., p. 1216).

## ANNEE 1975

- Situation de la concurrence entre laboratoires se livrant au développement et au tirage des photographies en couleur, 28 févr. 1975 (J.O., Doc. adm. 1976, n° 38, p. 1001 s.).
- Situation de la concurrence dans le négoce de la vaisselle en verre mécanique (gobeletterie), 16 avr. 1975 (op. cit., p. 1002).
- Concertation entre entreprises de travaux routiers (autoroute A6), 18 avr. 1975 - (avis non publié en application de l'article 20 du décret n° 68-1207 du 23 nov. 1968).

- Licéité des activités de la société Procirep au regard des règles de la concurrence (cession des droits de représentation des films à la télévision), 25 avr. 1975 (op. cit., p. 1004).
- Entente dans l'industrie de la filature de coton, 16 mai 1975 (op. cit., p. 1007).
- Entente dans l'industrie de la fabrication des ficelles en fibres douces, 23 mai 1975 (op. cit., p. 1010).
- Situation de la concurrence dans le secteur de la distribution des montures de lunettes, 4 juin 1975 (op. cit., p. 1009).

#### ANNEE 1976

- Pratiques anticoncurrentielles relevées à l'encontre d'entreprises ayant soumissionné à un appel d'offres pour la construction de l'immeuble de la Direction départementale de l'Équipement du Gard à Nîmes, 5 mars 1976 (B.O.S.P. 1976, p. 326).
- Ententes dans le secteur des transports de marchandises, 26 avr. 1976 (op. cit., p. 328).
- Situation de la concurrence dans le secteur de la distribution des produits pétroliers, 2<sup>me</sup> avis du 21 mai 1976 (op. cit., p. 284).
- Entente entre fabricants dans l'industrie du verre creux mécanique, 2<sup>me</sup> avis du 21 mai 1976 (op. cit., p. 359).
- Entente entre entreprises de construction de tours hertziennes, 6 juil. 1976 (op. cit., p. 368).
- Entente entre négociants des boissons sans alcool et de la bière, 24 sept. 1976 (B.O.S.P. 1977, p. 151).
- Entente dans le secteur des vins doux naturels, 24 sept. 1976 (B.O.S.P. 1977, p. 136).
- Entente entre des détenteurs de bancs Bee-Line de redressement de châssis de véhicules industriels, 17 déc. 1976 (op. cit., p. 138).

#### ANNEE 1977

- Litige opposant un détaillant à une société de distribution de produits pétroliers, 23 févr. 1977 (non publié en application de l'article 20 du décret n° 68-1027 du 23 nov. 1968).
- Situation de la concurrence dans le secteur de la production et de la distribution des phonogrammes, 17 mai 1977 (B.O.S.P. 1978, p. 68).
- Situation de la concurrence dans le secteur des pièces détachées et équipements pour automobiles, 17 juin 1977 (op. cit., p. 161).
- Ententes dans le secteur de la production et de la distribution des appareils d'eau chaude par le gaz, 30 sept. 1977 (op. cit., p. 66).
- Pratiques anticoncurrentielles relevées à l'encontre des fabricants des divers matériaux pour canalisations d'eau, 30 sept. 1977 (B.O.S.P. 1977, p. 355).
- Entreprises de travaux routiers en Normandie, 10 juin 1977 (non publié en application de l'article 20 du décret n° 68-1027 du 23 nov. 1968).

# INDEX ALPHABÉTIQUE \*

## A

**Abus de droit** : 253 et s., 271.

— d'ester en justice : 421, note 77

**Abus de position dominante** v. aussi  
Position dominante : 5, 10 et s., 146, 343.

*Aciers étirés (avis)* : 292.

*Acide sulfurique (avis)* : 146, 433.

**Accords** v. aussi Ententes :

— d'approvisionnement exclusif : 42, 73, 253, 257, 280, 439.

— de collaboration entre P.M.E. : 567.

— de coopération et assistance technique : 121, 146, 538, 551.

— de distribution exclusive : 41, 88, 121, 144, 154, 257, 264, 617.

— de recherche en commun : 105, 144, 220, 556, 567, 584.

— d'importance mineure (de bagatelle) : 416, 438, 635.

— de trafic entre amateurs : 484.

— horizontaux : 40 et s., 49 et s., 264.

— interprofessionnels : 52, 61, 76, 134, 141, 317, 343, 361 et s., 371, 383, 568.

— verticaux : 35 et s., 51 et s., 255, 264, 268 et s., 630.

**Actes interruptifs de la prescription** : 420 note 71.

**Action concertée** v. aussi Preuve : 175, 186, 343, 630.

**Actions d'intérêt commun** : 138, 584.

**Activités extractives** : 63

**Adéquation** : 486 et s., 533, 612 et s.

**Affectation du commerce entre Etats membres de la C.E.E.** : 104, 253 note 43.

*Affréteurs pour les expéditions de charbon par voies navigables (avis)* : 79, 86, 356 et s.

**Agent de publicité** : 230, 273.

**Agrément** :

— clause d' : 41, 233 note 8.

— syndical : v. Labels de qualité.

**Agriculture** : v. Marché agricole.

**Aménagement du territoire** : 331

**Amendes** : 421.

**Appels d'offres** : v. Partage des marchés publics.

*Appel d'offres pour la construction de l'Université Toulouse-Mirail (avis)* : 215, 220, 406, 499.

**Arbitrage** : 212.

*Armateurs et transitaires (avis)* : 95, 262, 339, 484.

**Association** : 134, 166.

**Auto-financement** : 550.

**Aveu** : v. Preuve.

---

\* Les chiffres renvoient aux numéros ; les mentions en italique renvoient exclusivement à ceux des avis mentionnés dans le texte (voir la liste complète en annexe à la bibliographie).



**B**

*Bancs Bee-Line de redressement de chassais de véhicules (avis) : 270.*  
*Bandes transporteuses en caoutchouc (avis) : 530.*

**Barèmes** : v. aussi Etudes de tarification, Prix, Remises.

- déguisés : 334 et s.
- de prix publics : 125, 325.
- de remises : 182.
- impératifs : 317 et s., 423.
- indicatifs : 315, 319 et s., 423.
- individuels : 314.
- instruments de l'entente : 132.
- professionnels (ou syndicaux) : 125, 179, 182, 313 et s., 343, 345, 401, 418, 423, 465, 479, 489.

**Barrières à l'entrée** : 227 et s., 338.

**Barrière unique** (théorie de la) : 99.

**Bilan économique** : 52, 67, 507 et s., 557, 587 et s.

**Boycottage** : 224 et s.

**Brevets** v. aussi Licences, Marques, Propriété industrielle : 45, 144, 251 et s., 472.

**C**

**Cabinet juridique** : 29 note 7, 421 note 76.

*Canalisations d'Alençon (avis) : 174.*

*Canalisations d'eau et d'assainissement (avis) : 217, 512, 553.*

**Caractère nécessaire des restrictions de concurrence** : 599 et s.

*Carbure de tungstène (avis) : 343, 433, 603, 610.*

**Carnets d'achat** : 343.

*Carreaux de grès et carreaux de faïence (avis) : 195, 197 et s. 249, 544, 557, 566, 584.*

**Cartels** v. Ententes.

**Cartes professionnelles** : 230 et s., 383.

**Cessions** (compléments d'accords de répartition) : 116, 299 et s., 531.

*Ciments et liants hydrauliques (avis) : 293, 527, 541.*

**Cinématographie** : 85, 389, 466, 491.

**Circonstances aggravantes** : 215, 335 note 81, 436.

**Circonstances atténuantes** : 289, 464 466, 504, 508, 514, 596 et s., 611.

**Circulaires** :

- administratives : 465 et s.
- instruments de l'entente : 132, 334.

**Clauses d'exclusivité** :

- d'approvisionnement : 45, 152, 257, 280, 402.
- de vente : 41, 152, 617.
- territoriales : 41, 255, 263 et s., 561 604, 625.
- et progrès technique : 561.

**Clause de minima** : 41, 277.

**Clause de non concurrence** : 152.

**Clause de quota** v. ce mot.

**Clause pénale** : 297.

**Clientèle** :

- classification : 153, 341.
- mutation de : 273.
- partage de : 109, 153.
- publique v. aussi partage des marchés publics : 69, 109, 212 et s.

**Cloisonnement des marchés** v. aussi Effet anticoncurrentiel : 270, 457.

**Co-auteur** : 29, 421.

*Cœurs d'aiguillages en acier (avis) : 532.*

**Compétence territoriale de la Commission** : 94 et s.

**Compétences concurrentes** : 97 et s.

**Commission** :

- contrat de : 152.
- rémunération : 230, 292, 299, 338 et s., 358.

**Commission de la concurrence** : 8 et s., 14, 226, 249 note 37, 259 note 73 307 note 6, 327 note 64, 423 note 84, 461, 480 note 4, 491 note 21, 495 note 28, 502, 567, 568, 626 et s., 628, 640.

**Commission technique des ententes et des positions dominantes** : 7, 14 et s.

**Compensations** (compléments d'accords de répartition) : 152, 298, 304, 329, 624.

**Complice** : 29, 183.

*Compteurs d'eau (avis) : 182.*

**Comptoir d'achat ou de vente** : 42, 73, 89, 121, 144, 153, 154, 157, 511, 532, 539, 577, 617.

— à l'exportation : 556.

**Concentration** : 34 et s.

— ascendante : 42.

— contrôle de la : 1, 9, 226, 448, 505 note 30, 567 et s., 627.

— descendante : 41, 45.

— et ententes : 38 et s., 43, 67 et s., 90, 111, 124 note 29, 146, 149, 192, 284, 451.

— et positions dominantes : 67, 143 et s., 146.

— et progrès économique : 284, 451, 563 et s., 592.

**Concertation** : 173, 186 et s. 219, 343.

— active ou passive : 218.

— définition : 168 et s.

**Concession exclusive** : 35, 45, 52 et s., 160, 221, 255, 268 et s., 561, 625.

**Concurrence** : 2 et s., 202 et s., 216, 289, 451.

— accroissement par l'entente : 221, 433.

— déloyale : 338, 424.

— entrave à la : 202 et s.

— internationale : 246, 555 et s., 566, 589 et s., 604.

— parallèle : 512, 588.

**Concurrents** :

— élimination : v. Ententes d'

— potentiels : 227 et s.

— regroupement : 220.

— retrait : 210 et s.

**Conquête des débouchés** : 552 et s.

**Conseil d'Etat** : 184, 368, 371, 461 note 16, 508 note 10.

**Conserverie des champignons de couche (avis)** : 457, 482, 592.

**Consommateurs** : 233, 237, 262, 264, 269, 312, 317, 322, 325, 331, 439, 496, 569 et s., 603, 627.

**Constatation des infractions** : 6 et s., 11, 13, 67, 397, 436, 501.

**Contrats** : 175 et s.

— d'exclusivité : 40, 221, 257 et s., 263 et s., 339, 617.

— de fourniture : 154, 257.

— de franchise industrielle : 53, 221, 268.

— de mandat de vente : 152, 154, 257, 260 et s., 262.

— de représentation (loi du 11 mars 1957) : 154, 474.

— de vente : 270.

— groupe de : 169.

**Contrat-type** : 115.

**Contrôle du marché** : 38, 201, 226, 228 et s., 432 et s., 630.

**Contrôles qualitatifs de la production** v. aussi Labels : 234, 430, 537, 551, 556, 577, 592.

**Courtiers** (entente entre) : 86, 230, 358 et s.

**Cotisations** : 421.

**Cristallisation du marché** v. aussi Effet anticoncurrentiel : 274, 284, 304, 457, 480, 530, 617, 637.

**Croissance** : 9, 554 et s.

**Culots de lampes électriques (avis)** : 286.

**Cumul d'infractions** : 215, 343 et s.

**Cuves et citernes à hydrocarbures (avis)** : 234, 236, 323, 424.

## D

**Délai probatoire** : 110, 596 et s.

**Délit** :

— continu : 420.

— contraventionnel : 407, 426.

**Demi-produits en métaux cuivreux (avis)** : 297, 555, 617.

**Détaillants** (entente entre) : 77, 159, 241, 336.

**Dirigeants** :

— d'entreprises : 13, 31, 396.

— d'organisations syndicales : 163 et s., 396.

**Dirigisme professionnel** v. aussi Effet anticoncurrentiel : 203, 265, 285, 340, 418, 633.

**Dissidents** : 203, 244 et s., 249, 383, 429, 512, 580, 588, 617.

**Dissolution de l'entente** : 177, 517, 566.

**Distributeurs :**

- agréés : 41, 170.
- entente entre : 71, 88, 125, 257.
- intermédiaires : 74 et s., 339.
- producteurs : 72 et s., 125.

*Distributeurs de montures de lunettes (avis) : 336.*

**Dol :**

- éventuel : 408.
- spécial : 397.

**Double barrière** (théorie de la) : 99.

**Droit allemand** : 303 note 89, 577.

**Droit communautaire** : 5, 12, 35, 54, 98 et s., 128, 253, 255, 269, 579, 635.  
— application à une entente française : 97 et s.

**Droits d'auteur** : 154, 389, 474.

**Droits de la défense** : 502.

**Dumping** : 247.

## E

**Echange de renseignements** : 88, 307, 415, 437, 617.

— diffusion de statistiques (v. ce mot).

**Economie de marché** : 3, 57, 61, 78, 188, 271, 355 et s., 388, 445, 468 et s.

**Economies d'échelle** : 533 note 24, 567 et s., 614.

**E.D.F.** : 216, 553, 576.

**Effet anticoncurrentiel** v. aussi Cloisonnement, Cristallisation, Dirigisme professionnel, Objet : 267, 329, 391, 404, 407 et s.

— absence d' : 405 et s., 416.

— atteinte à la liberté de choix de la clientèle : 264 et s., 273 et s., 284, 384, 493.

— effet éventuel : 226, 347, 426 et s.

— effet néfaste sur les prix : 19, 214 et s., 247, 261, 266, 274, 283, 292, 299, 303, 310 et s., 336, 340, 415, 435, 553.

— effet réel : 409 et s.

**Effets bénéfiques de l'entente** v. aussi Rachat, Faits justificatifs : 587 et s.

**Emploi** : 450, 517, 551, 566, 589.

**Ententes :**

— anciennes : 177, 179, 181, 512.

— complexes : 67, 134.

— définition : 201, 442.

— de conditions de vente : 115, 170, 188, 314, 479.

— de crise : 4, 458, 516.

— de distribution : 71, 88, 125, 257.

— d'élimination : 112, 212, 224, 424, 565.

— de partage de la clientèle : 109, 281.

— de partage des marchés publics (v. ce mot) : 85, 126, 212 et s.

— de partage de la production (v. aussi Partage du marché) : 108, 110, 276 et s.

— de prix (v. ce mot) : 114, 170, 182, 187 et s., 309 et s., 479, 562.

— de producteurs (v. ce mot) : 108.

— de rabais (v. aussi Remises) : 116, 314.

— de rationalisation (v. ce mot) : 110, 139.

— de répartition des bénéfices : 116, 117, 140, 150.

— de spécialisation (v. ce mot) : 111, 278, 286.

— expresses : 129, 131 et s., 169, 172, 177.

— générales : 89, 120 et s., 126, 1336.

— horizontales (v. aussi Accords) : 35, 37, 49 et s., 255.

— internationales : 40, 91, 96, 170, 558, 590.

— interprofessionnelles (v. Accords interprofessionnels).

— licites : 156, 160, 206, 221 et s., 443, 446, 630, 635.

— locales : 85.

— multiples : 125, 169, 415.

— nationales : 89 et s., 104, 164.

— permanentes : 126, 166, 213, 420, 500.

— ponctuelles : 85, 126, 213, 500.

— pyramidales : 89.

— régionales : 86 et s., 164, 269, 288, 307, 415, 630.

— résultant d'un texte législatif ou réglementaire : 453 et s.

- spéciales : 123 et s.
- tacites (v. aussi Preuve) : 130, 152, 166, 168, 172, 175, 218, 422.
- verticales (v. aussi Accords verticaux) : 52 et s.
- Enquête administrative** : 18, 177, 567 note 127.
- Etat de nécessité** : 447 note 6.
- Etudes de tarification** v. aussi Barèmes, Prix : 182, 322, 333 et s., 401.
- Exclusivités** : v. clause d', contrats d'
- Explosifs industriels (avis)** : 457, 478 et s.
- Exportations** : 530, 556, 587 et s.

## F

- Faits justificatifs** : 13, 447 et s., 480, 580.
- preuve des : 497 et s., 601.
- Fabricants de linoléum (avis)** : 170.
- Fabricants de faux et faucilles (avis)** : 139.
- Fabricants de fûts métalliques (avis)** : 117, 298.
- Fermeture d'unités de production** : 516, 566.
- Ficelles (avis)** : 28.
- Filiale commune** v. aussi Concentration, Sociétés : 45, 143 et s., 538.
- Fil mousse de nylon (avis)** : 253, 259, 472, 555.
- Fils et câbles électriques (avis)** : 279, 299, 617.
- Filateurs de coton (avis)** : 87, 307, 517, 591.

## G

- Gentlemen's agreement** : 130.
- Gestion des accords d'entente** : 152, 543 et s., 576 et s.
- Gobeletterie (avis)** : 28, 183, 465.
- Grande surface** : 433 note 106, 465.
- Grossistes** v. aussi Négociants.
- entente entre : 42, 76, 312, 322, 423, 540, 608.

- fonction de : 125, 578, 603.
- Groupe de sociétés** v. Sociétés.
- Groupement d'achat ou de vente** v. aussi Comptoir : 42, 162, 257 et s.
- Groupement d'entreprises en vue de répondre à un appel d'offres** : 220 et s.
- Groupement d'intérêt économique** : 53, 77, 157 et s., 221, 224, 241, 383, 433, 584.
- Groupement d'entreprises licenciées Fiorio (avis)** : 160, 221, 255, 268, 433, 443, 561, 604, 625.
- Groupement d'intérêt économique de commerçants de Saverne (avis)** : 159, 239, 241, 343, 433.
- Groupement lainier mazamétain (avis)** : 158.

## H

- Huiles usagées (avis)** : 45, 155, 259, 317, 343, 347, 439.

## I

- Importateurs** : 40, 75, 224, 270, 377, 493.
- Importateurs de bois du Nord (avis)** : 40, 436.
- Imputabilité** :
  - de l'entente à une réglementation restrictive : 476 et s.
  - de l'entrave à l'entente : 20, 350 et s., 445.
  - du progrès économique à l'entente : 580 et s.
- Incitation à se livrer à des pratiques anticoncurrentielles** : 163, 164, 348, 500 note 13.
- par l'administration : 367, 463 et s.
- Indemnités** :
  - complément d'un accord de répartition : 116 et s., 124, 152, 284, 297 et s.
  - de dépossession : 273.
- Industrie du jute (avis)** : 279.
- Industrie des lampes électriques (avis)** : 146, 314, 538, 558, 564, 589, 604.



*Industrie du magnésium (avis)* : 144, 251, 271, 564.

*Industrie du sel (avis)* : 266, 484, 517.

*Industrie du superphosphate (avis)* : 617, 624.

**Infraction** :

— formelle : 405.

— « matérielle » : 407 et s., 426.

**Injonctions** : 8 note 33, 621 et s., 626.

**Instrument de l'entente illicite** : 132, 144, 543 et s., 577.

**Intention délictueuse** : v. **Objet**.

**Investissements** :

— coordination des : 544 et s., 571.

— et systèmes de quotas : 124, 288.

— individuels : 199, 547, 584.

— malthusiens : 548 et s.

## J

*Jantes et guidons pour cycles (avis)* : 43, 153, 543, 619.

## K

**Know-how** : 221, 563.

## L

**Labels de qualité** : 234 et s., 424, 430.

*Levure de panification (avis)* : 41.

**Liberté du commerce et de l'industrie** : 2 et s., 368.

**Libertés publiques** : 398 note 27.

**Licences** v. aussi **Propriété industrielle**

— de brevets : 45, 144, 253, 257, 556.

— de savoir-faire : 221.

— d'importation : 91 note 108.

**Lien de causalité** : 354, 383 et s., 391 et s., 478 et s., 583 et s.

*Lignes électriques à haute tension (avis)* : 553.

**Limitation de l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises** v. aussi **Effet anticoncurrentiel** : 225, 258, 340.

## M

**Marchés** v. aussi **Economie** de, **Partage des Secteurs économiques** :

— agricoles : 61, 232, 356, 361 et s., 371, 383, 482.

— étrangers : 589.

— publics (v. **Partage**, **Offres**, **Tours de rôle**).

*Marché de la langouste (avis)* : 42, 259, 292, 312, 599.

**Marques** v. aussi **Propriété industrielle** : 45, 234 et s., 430, 472.

*Matériaux de viabilité (avis)* : 102, 265.

**Mercuriales** v. aussi **Barèmes** : 320.

**Mesures de contrainte** : 391, 421.

*Meunerie parisienne (avis)* : 383, 457, 516, 599.

**Monopole** :

— d'approvisionnement : 42, 259, 261.

— de vente : 40, 75, 264.

— délégué : 460.

— d'Etat : 479, 491.

— d'exploitation : 250 et s.

— d'importation : 91.

— résultant d'accords de spécialisation : 111.

*Munitions de chasse et de tir (avis)* : 589.

## N

**Négation de l'entente** : 17 et s.

**Négociants** v. aussi **Grossistes** : 41, 61, 264, 312, 321, 322, 345, 362, 423, 608.

*Négociants en gros des boissons sans alcool et de la bière (avis)* : 322, 423.

**Normalisation des fabrications** : 110, 234, 536, 584, 591 et s., 607, 610.

## O

**Objet anticoncurrentiel** : 215, 218 et s., 224, 236, 245, 267, 269, 284, 320 et s., 334 et s., 393 et s., 422 et s., 439, 489, 500, 592.

**Objet conforme à l'article 59 ter-2° (51-2°)** : 591.

**Obligation de moyen** : 491 et s.

**Œuvres de l'esprit** v. Propriété littéraire et artistique.

**Offres de couverture ou de complaisance** : 214 et s., 553.

**Offres de principe** : 217 et s.

— concertées : 218.

— non concertées : 22, 128, 219.

**Ordres professionnels** : 79, 372.

**Organes de contrôle des accords d'entente** : 230 note 4, 273, 421.

**Organe commun de gestion des accords d'entente** : 134, 152 et s., 182, 532, 577.

— instrument de l'entente illicite : 543 et s.

## P

**Parallélisme des comportements** : v. aussi Preuve : 186 et s., 385, 502, 632.

**Papiers minces (avis)** : 101, 556, 558, 574.

**Part de marché contrôlée par l'entente** : 87, 226, 259, 413 et s., 431 et s.

**Partage des marchés** v. aussi Quotas : 134

— au moyen de droits de propriété industrielle : 251 et s., 257.

— en fonction de critères géographiques : 120, 263 et s., 604, 625.

— en fonction de la nature d'utilisation des produits : 108.

— par contingentement : 108, 117, 120, 124, 146, 153 et s., 182, 264, 277 et s., 430, 479, 488, 493, 544, 556, 562, 604.

— publics : 126, 160, 174, 185, 188, 212 et s., 396 et s., 402, 411, 433, 499, 504, 553.

**Partage des profits de l'entente** : 570 et s., 627.

**Participants à l'entente** : 26 et s., 296.

— pluralité des : 55.

**Parties intéressées** : 29.

**Pêcheurs** : v. avis Marché de la langouste.

## Pénalités :

— compléments d'accords de répartition : 116 et s., 124, 152, 284, 297 et s., 421, 439, 604.

— sanction des accords d'entente : 421.

**Pépinieristes (avis)** : 61, 320 et s.

**Péréquation** : 153, 301, 363, 622.

— des prix de vente : 329 et s.

— du prix du transport : v. prix « franco ».

**Personnes morales** : 28, 30 et s., 53, 132 et s., 149, 151 et s., 396.

**Perturbations économiques** : 68, 377 et s., 386, 450, 515 et s.

**Petites et moyennes entreprises (P.M.E.)** : 85, 157, 221, 289, 424, 443, 562, 564, 566, 635.

**Pollution** (lutte contre la) : 559.

**Position dominante** v. aussi Abus de : 5, 10, 43, 102 note 120, 433, 437, 491, 568.

**Poursuites pénales** v. aussi Renvoi au Parquet : 8, 31 et s., 69, 406.

## Pratiques :

— condamnables **en soi** : 249, 294, 304, 315 et s., 329, 342, 403, 418, 428, 444, 633.

— discriminatoires : 341 et s.

— individuelles : 5, 10, 35, 52, 174, 219, 344 et s., 584.

— malthusiennes : 284, 317, 349, 440, 548 et s.

— neutres : 307, 332, 428 et s., 437, 444, 633.

— souples : 293, 493, 546.

**Prescriptions** (loi du 19 juil. 1977) : 8 note 33, 620, 626.

**Prescription triennale** : 420.

**Prestations de services** v. Prix, Secteurs économiques : 78 et s., 273, 572.

**Preuve de l'entente** : 175 et s., 502.

— aveu : 171, 504.

— écrit : 169, 171, 399.

— parallélisme des comportements : 177, 186 et s., 385.

- présomption : 177 et s., 385, 400.
- preuve contraire : 191 et s.
- silence : 181, 183.

**Preuve de l'intention anticoncurrentielle** : 398 et s.

**Primes v. Remises**

- à l'exportation : 259.
- de fidélité : 257, 259, 261.

**Prix** : v. aussi Barèmes, Remises.

- artificiels : 317, 324, 329, 542.
- baisse des : 192, 197, 526, 537 et s. 564, 571 et s., 607.
- conseillés : 316.
- de péréquation (v. ce mot) : 328 et s.
- de revente : 312, 325.
- de revient (v. aussi Etudes de tarification) : 198, 322, 333, 345, 526 et s., 539, 564.
- de vente : 187 et s., 418.
- hausse des : 192, 327, 334, 489.
- fixation par une autorité administrative : 374.
- franco : 330 et s., 429, 437.
- imposés : 316, 325, 418.
- inflation : 5, 349, 444.
- maximum : 193, 316, 599.
- par stades de distribution : 325.
- plancher : 42, 311, 316, 482, 544 ; à l'exportation : 557.
- prestation de services : 273, 312, 339, 608.
- réglementation des : 5, 59, 80, 193, 195, 374, 385 et s.
- surprise : 576.
- uniformes : 188 et s., 214, 221, 310, 314 et s., 336, 488, 609, 617, 630.

**Producteurs (entente entre)** : 71 et s., 90, 108, 121, 125.

**Producteurs d'agréats (avis)** : 134, 154, 577, 616.

**Produits** :

- pondéreux : 87, 267, 329, 415.
- similitude des : 197.
- substituables ou complémentaires : 67, 68, 272, 306, 389, 512, 580, 609 616

**Produits pétroliers (avis)** : 213, 298, 330, 377, 386, 434, 460, 470, 477, 493.

**Professions libérales** : 79, 367, 372, 376.

**Professions réglementées** : 78 et s., 232, 355 et s., 457 et s., 470, 478 et s., 488.

**Progrès économique v. aussi Concentration, Conquête des débouchés, Rationalisation, Spécialisation** : 303, 327, 451, 496, 505 note 30, 506 et s.

— efforts entrepris : 513, 542, 596 et s.

— efforts individuels : 547, 584.

**Progrès technique** : 204, 307, 536, 560 et s.

**Propriété industrielle** (droits de) v. aussi Brevets, Marques :

- applicabilité des articles 59 bis et s. : 251 et s., 472.
- exercice et existence : 252 et s.
- instruments d'une entente : 45, 251, 257 et s.

**Propriété littéraire et artistique** : 82, 154, 389, 474.

**Protection territoriale absolue** : 268 et s., 625.

**Publicité, Informations** : 551, 584.

**Publicité (avis)** : 230, 273, 339, 607.

## Q

**Quotas** :

- clauses de : 277 et s.
- d'approvisionnement : 280.
- de production : 279.
- de vente : 281, 604, 624, 630.
- évolutifs : 288 et s., 546, 617.
- prévisionnels : 293, 493, 617.
- rachat : 529 et s.
- rétrocession des : 292.
- révision des : 117, 291, 624.
- rigides : 287 et s., 291.
- systèmes de : 41, 106, 108, 117, 124, 152, 154, 182, 298, 402, 405, 482, 530, 545, 548 et s., 556, 591, 609, 617, 622, 624.

**R**

**Rachat de l'entente** : 13, 270, 446 et s., 604 et s.

— conditionnel : 540, 566 note 124, 619, 624.

— effectif : 604.

— provisoire : 517.

**Raccords en fonte (avis)** : 41

**Rationalisation** : 223, 534 et s., 617.

— de la distribution : 246, 258, 344, 539 et s.

— de la production : 535 et s.

— des investissements : 545 et s.

— des méthodes de gestion : 543 et s.

— des structures : 212, 566.

**Recours de pleine juridiction** : 8 note 33, 184.

**Recouvrement centralisé des factures** : 153, 543 et s., 577.

— instrument d'une entente illicite : 543.

**Redevances** (compléments d'accords de répartition) : 302 et s.

**Refus** :

— de contracter (v. Boycottage) : 224, 424.

— d'entrer en concurrence : 218.

— de vente : 52, 263, 302 et s., 347.

— de soumissionner : 218, 386.

**Réglementation applicable** :

— pays non membres de la C.E.E. : 93 et s.

— pays membres de la C.E.E. : 97 et s.

**Réglementations restrictives de la concurrence** : 61, 63, 355 et s., 380 et s., 453 et s., 627.

**Règlement professionnel** (instrument de l'entente) : 132.

**Remises** :

— cartellisées : 116, 238 et s., 338 et s., 341, 402, 430, 479.

— déguisées : 338.

— de fonction : 345.

— de quantité : 240.

— discriminatoires : 341 et s.

— globalisées : 240.

— individuelles : 323 et s., 343.

— interdites : 139, 316, 339, 358, 368.

— plafonnées : 116, 316.

— pour rétrocession : 116, 531.

— publicitaires : 241, 343.

— uniformes : 323, 531.

**Rentes** :

— de compétitivité : 444.

— de situation : 254, 271, 305, 317, 327, 331, 349, 444.

— d'innovation : 254, 271, 537.

**Renvoi au Parquet** : 7 et s., 185, 397, 406, 504, 508.

**Réparateurs de matériel ferroviaire (avis)** : 212, 516, 565.

**Répression des infractions** :

— administrative : 8, 14, 184.

— judiciaire : 6, 8, 32, 184, 396 et s.

**Réseaux électriques aériens (avis)** : 420.

**S**

**Sanctions** :

— administratives (loi du 19 juil. 1977) : 32, 184, 626.

— des accords d'entente : 153, 273, 439.

**Secteurs économiques** :

— agricole (v. Marché)

— bâtiment et travaux publics : 69.

— des services : 78 et s., 122, 256, 273, 312, 356.

— industriel : 64 et s.

— primaire : 61 et s.

**Semoulerie (avis)** : 192, 489, 584.

**Services aux consommateurs** : 577 et s.

**Silence** : v. Preuve.

**S.N.C.F.** : 212, 532.

**Sociétés** :

— à capital variable : 148.

— anonymes : 134, 148, 160.

— à responsabilité limitée : 43, 45, 148, 153, 317, 326.

— civiles : 160, 362.

— coopératives : 162, 484, 630.

— d'économie mixte : 549 note 66.

— de répertoire (loi du 11 mars 1957) : 474.

— en nom collectif : 416 note 64.



- en participation : 138 et s., 298.
- gérant les accords d'entente : 152 et s., 488, 541, 543.
- groupe de : 45, 143 et s., 251, 538, 562, 564, 604.
- support juridique de l'entente : 134, 135 et s., 144, 148 et s., 154 et s., 541.

*Société Procirep c/ O.R.T.F.*  
(avis) : 389, 466, 474, 572.

**Sous-traitance** : 43, 116.

**Spécialisation** :

- accords de : 111, 116, 278, 571, 302.
- de la distribution : 527.
- des fabrications : 526, 591.
- et progrès économique : 523 et s., 591, 597.
- et systèmes de quotas : 286, 300, 530.

**Statistiques** : 182, 279, 430, 437, 617.

*Sucres dénaturés* (avis) : 371, 463, 603.

**Suréquipement** : 68, 212, 488, 516, 548, 565.

**Syndicats professionnels patronaux** : 45, 80, 90, 134, 162 et s., 182, 212 et s., 230 et s., 234, 307, 320, 322, 334, 362, 396, 401, 465, 479, 491, 610.

## T

**Télévision** : 389, 466, 470, 491.

**Territorialité** : v. Compétence, Réglementation applicable.

**Textes réglementaires** : 456 et s.

**Tours de rôle** v. aussi Partage des marchés publics : 126, 213, 375.

**Transitaires** : v. avis Armateurs et

Transitaires, Groupement lainier mazamétain.

**Transparence du marché** : v. Echange de renseignements.

**Transports** : 80, 224, 320.

— coût du : 87, 267, 532, 539, 541, 568.

— fluviaux : 86, 356 et s.

— maritimes : 95, 262.

— routiers : 334.

— scolaires : 80, 501.

*Travaux d'étanchéité* (avis) : 215.

*Tubes d'acier* (avis) : 169, 439, 556, 558.

*Tubes en chlorure de polyvinyle* (avis) : 197, 548, 561.

*Tuiles et briques* (avis) : 52, 343, 568, 609.

*Tuyaux en caoutchouc* (avis) : 588.

*Tuyaux en fonte* (avis) : 512, 556.

## V

**Vente en commun** : v. Comptoir.

*Verre creux mécanique* (avis) : 197 et s., 239, 308, 331, 385, 437, 504.

*Verre électrotechnique* (avis) : 179.

*Verre plat* (avis) : 345, 439, 540, 570 et s., 576.

*Verres de lunettes* (avis) : 182, 247, 388, 528, 597.

*Vins de Champagne* (avis) : 61, 79, 356, 361 et s., 383, 470.

*Vins doux naturels* (avis) : 232, 470.

## Z

**Zonages** : 263 et s

# Table des matières

|                           |          |
|---------------------------|----------|
| <b>Préface</b> .....      | <b>I</b> |
| <b>Introduction</b> ..... | <b>1</b> |

## PREMIERE PARTIE

### L'ENTENTE PROHIBEE REMPLIT LES CONDITIONS EXIGEEES PAR L'ARTICLE 59 bis DEvenu L'ARTICLE 50

#### TITRE I

|                                                                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <i>PREMIERE CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 bis<br/>DEvenu L'ARTICLE 50 : EXISTENCE D'UNE «ENTENTE»</i> ..... | <b>21</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

#### SOUS-TITRE I

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <i>CONDITIONS RELATIVES A L'ORGANISATION DE L'ENTENTE<br/>VISÉE A L'ARTICLE 59 bis</i> ..... | <b>23</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                                                                                             |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Chapitre I. — Conditions relatives aux participants à l'entente</b> .....                                                                                | <b>25</b> |
| <i>Section 1. — Incidence, sur la qualification d'entente, de la nature juridique<br/>de chaque participant</i> .....                                       | <b>26</b> |
| § 1. — Incidence de la nature juridique de chaque participant au<br>stade de l'incrimination .....                                                          | <b>26</b> |
| § 2. — Incidence de la nature juridique de chaque participant au<br>stade de la répression .....                                                            | <b>28</b> |
| <i>Section 2. — Incidence, sur la qualification d'entente, des positions économi-<br/>ques respectives des participants</i> .....                           | <b>29</b> |
| § 1. — La difficulté de déterminer si l'entente est horizontale ou<br>verticale ne s'oppose pas à sa qualification au regard de l'ar-<br>ticle 59 bis ..... | <b>32</b> |
| A. Application de la qualification d'entente aux accords horizontaux<br>renforcés par des accords verticaux .....                                           | <b>33</b> |

|                                                                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| B. Application de la qualification d'entente aux accords combinant différentes techniques de concentration .....                               | 35        |
| C. Application de la qualification d'entente aux accords inclassables au regard de la distinction entre ententes horizontales et verticales .. | 36        |
| § 2. — La qualification d'entente s'applique aussi bien aux accords horizontaux qu'aux accords verticaux .....                                 | 38        |
| A. Application de la qualification d'entente aux accords horizontaux..                                                                         | 38        |
| B. Application de la qualification d'entente aux accords verticaux ....                                                                        | 39        |
| <b>Chapitre II. — Conditions relatives au domaine d'intervention de l'entente.</b>                                                             | <b>43</b> |
| <i>Section 1. — Incidence, sur la qualification d'entente, des secteurs économiques concernés</i> .....                                        | 44        |
| § 1. — Application de la qualification d'entente aux accords d'entreprises intervenant dans le secteur primaire .....                          | 45        |
| § 2. — Application de la qualification d'entente aux accords d'entreprises intervenant dans le secteur secondaire .....                        | 46        |
| A. Secteur des activités extractives .....                                                                                                     | 46        |
| B. Secteur des activités industrielles .....                                                                                                   | 47        |
| C. Secteur du bâtiment et des travaux publics .....                                                                                            | 50        |
| § 3. — Application de la qualification d'entente aux accords d'entreprises intervenant dans le secteur tertiaire .....                         | 50        |
| A. Distribution des produits .....                                                                                                             | 50        |
| 1°) Distribution assurée par les producteurs .....                                                                                             | 51        |
| 2°) Distribution assurée par des intermédiaires .....                                                                                          | 52        |
| 3°) Distribution assurée par des détaillants .....                                                                                             | 53        |
| B. Distribution des services .....                                                                                                             | 53        |
| <i>Section 2. — Incidence sur la qualification d'entente des secteurs géographiques concernés</i> .....                                        | 56        |
| <i>Sous-section 1. — L'entente visée à l'article 59 bis doit-elle couvrir tout le territoire français ?</i> .....                              | 57        |
| § 1. — Reconnaissance des ententes locales .....                                                                                               | 57        |
| § 2. — Reconnaissance des ententes régionales .....                                                                                            | 58        |
| § 3. — Reconnaissance des ententes nationales .....                                                                                            | 60        |
| <i>Sous-section 2. — L'entente visée à l'article 59 bis doit-elle couvrir le seul territoire français ?</i> .....                              | 62        |
| § 1. — Réglementation applicable aux ententes dont l'influence s'étend à des pays non membres de la C.E.E. ....                                | 62        |
| § 2. — Réglementation applicable aux ententes dont l'influence s'étend à des pays membres de la C.E.E. ....                                    | 63        |
| A. Application du droit interne aux ententes relevant du droit communautaire .....                                                             | 64        |
| B. Application du droit communautaire aux ententes relevant du droit interne .....                                                             | 65        |
| <b>Chapitre III. — Conditions relatives à l'objet de l'entente.</b> .....                                                                      | <b>67</b> |

|                                                                                                                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Section 1. — Incidence, sur la qualification d'entente, de la nature de l'objet de l'accord des entreprises</i> .....                                                       | 68 |
| § 1. — Accords ayant pour objet la détermination des règles applicables à l'activité industrielle et commerciale des membres .....                                             | 68 |
| § 2. — Accords ayant pour objet la détermination des règles applicables à la commercialisation des produits ou services couverts par l'entente .....                           | 70 |
| § 3. — Accords ayant pour objet la répartition des bénéfices entre les membres de l'entente .....                                                                              | 71 |
| <i>Section 2. — Incidence, sur la qualification d'entente, de l'étendue de l'objet de l'accord pour chaque entreprise</i> .....                                                | 73 |
| § 1. — Application de la qualification d'entente aux accords ayant pour objet l'organisation collective de l'ensemble des fonctions de l'entreprise : ententes générales ..... | 73 |
| A. Ententes organisant l'ensemble des fonctions de production et de distribution .....                                                                                         | 73 |
| B. Ententes instituant une réglementation des activités professionnelles .....                                                                                                 | 74 |
| § 2. — Application de la qualification d'entente aux accords limités à l'organisation de certaines fonctions de l'entreprise : ententes spéciales .....                        | 75 |
| A. Ententes limitées à l'organisation des fonctions de production ....                                                                                                         | 75 |
| B. Ententes limitées à l'organisation des fonctions de distribution.....                                                                                                       | 76 |
| § 3. — Application de la qualification d'entente aux accords conclus à l'occasion d'une affaire déterminée .....                                                               | 76 |

## SOUS-TITRE II

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>CONDITIONS RELATIVES A L'EXPRESSION DE L'ENTENTE</i><br><i>VOIEE A L'ARTICLE 59 bis</i> ..... | 79 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Chapitre I. — Conditions relatives à la création ou à l'utilisation de groupements</b> ..... | 81 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Section 1. — Incidence, sur la qualification d'entente, de la création ou de l'utilisation de groupements</i> ..... | 82 |
| § 1. — Création ou utilisation de groupements dotés de la personnalité juridique .....                                 | 83 |
| A. Création ou utilisation de plusieurs personnes morales .....                                                        | 83 |
| B. Création ou utilisation d'une personne morale unique .....                                                          | 84 |
| § 2. — Création ou utilisation d'un groupement non doté de la personnalité juridique .....                             | 85 |
| § 3. — Création ou utilisation d'une « structure de groupe » .....                                                     | 87 |
| <i>Section 2. — Application de la qualification d'entente à certains types particuliers de groupements</i> .....       | 89 |
| § 1. — Qualification d'entente appliquée à une société .....                                                           | 90 |
| A. Problèmes juridiques posés par la qualification d'entente des sociétés .....                                        | 90 |
| B. Application par la Commission de la qualification d'entente à des sociétés .....                                    | 92 |



|                                                                                                                                |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| § 2. — Qualification d'entente appliquée à un groupement d'intérêt économique .....                                            | 96         |
| § 3. — Qualification d'entente appliquée à un syndicat .....                                                                   | 100        |
| § 4. — Qualification d'entente appliquée à une association .....                                                               | 101        |
| <b>Chapitre II. — Conditions relatives à la conclusion de contrats .....</b>                                                   | <b>104</b> |
| <i>Section 1. — Application de la qualification d'entente en présence de contrats</i> .....                                    | <i>105</i> |
| <i>Section 2. — Application de la qualification d'entente en l'absence de contrat</i> .....                                    | <i>106</i> |
| § 1. — Subordination de la qualification d'entente à l'existence d'une concertation des entreprises .....                      | 107        |
| A. Nécessité d'une concertation entre les entreprises .....                                                                    | 107        |
| B. Distinction entre les notions de concertation et de contrat .....                                                           | 108        |
| § 2. — Extension de la qualification d'entente grâce aux règles probatoires posées par la Commission .....                     | 109        |
| A. Admission de la présomption d'entente tirée d'indices graves, précis et concordants .....                                   | 110        |
| 1°) Admissibilité de la preuve par présomption .....                                                                           | 110        |
| 2°) Exigence d'indices graves, précis et concordants .....                                                                     | 111        |
| B. Admissibilité de la présomption d'entente tirée du seul parallélisme des comportements .....                                | 114        |
| 1°) Présomption de concertation tirée du parallélisme des comportements en matière de prix .....                               | 116        |
| 2°) Force probante relative de la présomption de concertation tirée du parallélisme des comportements en matière de prix ..... | 117        |
| a) Conditions de la force probante de concertation sur les prix ..                                                             | 118        |
| b) Admissibilité de la preuve contraire par les entreprises .....                                                              | 119        |

## TITRE II

DEUXIEME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 bis DEVENU  
L'ARTICLE 50: EXISTENCE D'UNE ENTRAVE A LA CONCURRENCE.. 125

### SOUS-TITRE I

ENTRAVE A LA CONCURRENCE PAR LIMITATION DU NOMBRE  
DES COMPETITEURS .....

129

**Chapitre I. — Limitation par réduction des compétiteurs présents .....**

130

*Section 1. — Réduction volontaire des compétiteurs membres de l'entente..*

130

§ 1. — Réduction par retrait des compétiteurs .....

131

A. Retrait définitif de certains compétiteurs .....

131

B. Retrait temporaire et ponctuel de certains compétiteurs .....

132

1°) Offres ou soumissions de « couverture » ou de « complaisance »..

133

2°) Offres de principe .....

134

§ 2. — Réduction par regroupement des compétiteurs .....

136

|                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Section 2. — Réduction forcée des compétiteurs non membres de l'entente</i>                                     | 139 |
| <b>Chapitre II. — Limitation par l'institution de barrières à l'entrée des compétiteurs éventuels</b>              | 142 |
| <i>Section 1. — Barrières résultant de la mise en place de procédures de contrôle de l'accès au marché</i>         | 142 |
| § 1. — Contrôle direct de l'accès au marché par la mise en œuvre de réglementations professionnelles               | 143 |
| A. Contrôle de l'accès des personnes                                                                               | 143 |
| B. Contrôle de l'accès des produits                                                                                | 145 |
| § 2. — Contrôle indirect de l'accès au marché par les remises cartellisées                                         | 147 |
| A. Pratique des remises cartellisées                                                                               | 147 |
| B. Qualification des remises cartellisées au regard de l'article 59 bis                                            | 149 |
| 1 <sup>o</sup> ) Illicéité de principe des remises cartellisées                                                    | 149 |
| 2 <sup>o</sup> ) Réserves relatives aux « circonstances exceptionnelles »                                          | 151 |
| <i>Section 2. — Barrières résultant de la mise en œuvre de monopoles d'exploitation</i>                            | 152 |
| § 1. — Qualification d'entrave à la concurrence face à la mise en œuvre de monopoles légaux d'exploitation         | 153 |
| § 2. — Qualification d'entrave à la concurrence face à la mise en œuvre de monopoles conventionnels d'exploitation | 156 |
| A. Qualification des conventions d'exclusivité ne comportant pas d'assiette territoriale déterminée                | 157 |
| 1 <sup>o</sup> ) Illicéité tenant à la limitation de l'exercice de la concurrence par les tiers                    | 158 |
| 2 <sup>o</sup> ) Illicéité tenant à la limitation de l'exercice de la concurrence entre les membres de l'entente   | 160 |
| B. Qualification des conventions d'exclusivité comportant une assiette territoriale déterminée - zonages           | 162 |
| 1 <sup>o</sup> ) Critères d'incrimination retenus par la Commission jusqu'en 1974                                  | 162 |
| 2 <sup>o</sup> ) Critères d'incrimination retenus par la Commission à partir de 1974                               | 164 |

## SOUS-TITRE II

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>ENTRAVE A LA CONCURRENCE PAR LIMITATION DE LA LIBERTÉ D'ACTION DES COMPÉTITEURS</b> | 169 |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Chapitre I. — Limitation de la liberté d'action en matière de production</b>                 | 172 |
| <i>Section 1. — Qualification d'entrave à la concurrence des clauses de quotas</i>              | 172 |
| § 1. — Pratique des clauses de quotas                                                           | 173 |
| § 2. — Appréciation du caractère anticoncurrentiel des clauses de quotas                        | 175 |
| A. Illicéité de principe des quotas                                                             | 175 |
| B. Atténuation au principe de l'illicéité des quotas                                            | 177 |
| 1 <sup>o</sup> ) Etablissement d'une distinction entre les quotas fixes et les quotas évolutifs | 178 |

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2°) Portée de la distinction entre quotas fixes et quotas évolutifs                                                       | 180 |
| <i>Section 2. — Qualification d'entrave à la concurrence des mécanismes destinés à assurer le respect des quotas</i>      | 183 |
| § 1. — Pratique des mécanismes destinés à assurer le respect des clauses de quotas                                        | 183 |
| A. Pénalités pour avance et indemnités pour retard                                                                        | 183 |
| B. Systèmes de compensations et cessions                                                                                  | 184 |
| C. Systèmes de péréquation                                                                                                | 186 |
| D. Redevances                                                                                                             | 186 |
| § 2. — Appréciation du caractère anticoncurrentiel des mécanismes assurant le respect des quotas                          | 186 |
| <b>Chapitre II. — Limitation de la liberté d'action en matière de prix</b>                                                | 189 |
| <i>Section 1. — Pratiques relatives au prix</i>                                                                           | 191 |
| <i>Sous-section 1. — Qualification d'entrave à la concurrence des pratiques relatives aux prix de vente ou de revente</i> | 192 |
| § 1. — Qualification d'entrave à la concurrence des barèmes collectifs de prix de vente                                   | 193 |
| A. Illicéité de principe des barèmes collectifs                                                                           | 194 |
| B. Atténuation au principe de l'illicéité                                                                                 | 197 |
| 1°) Premier critère d'appréciation : l'intention des auteurs du barème                                                    | 198 |
| 2°) Deuxième critère d'appréciation : l'attitude des entreprises destinataires du barème                                  | 199 |
| a) Un barème indicatif fidèlement appliqué par les entreprises est-il condamnable ?                                       | 199 |
| b) Un barème obligatoire non respecté par les entreprises est-il condamnable ?                                            | 200 |
| 3°) Troisième critère d'appréciation : le contenu du barème                                                               | 202 |
| § 2. — Qualification d'entrave à la concurrence des systèmes de péréquation                                               | 204 |
| A. Illicéité de principe des péréquations de prix de vente                                                                | 204 |
| B. Caractère neutre des péréquations de prix du transport dans la pratique des <i>prix franco</i>                         | 205 |
| <i>Sous-section 2. — Qualification d'entrave à la concurrence des pratiques relatives aux prix de revient</i>             | 206 |
| <i>Section 2. — Pratiques relatives aux remises</i>                                                                       | 209 |
| § 1. — Qualification d'entrave à la concurrence des clauses interdisant les remises                                       | 210 |
| § 2. — Qualification d'entrave à la concurrence des clauses autorisant des remises discriminatoires                       | 211 |

## TITRE III

TROISIÈME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 bis DEVENU  
L'ARTICLE 50 : IMPUTABILITÉ À L'ENTENTE DE L'ENTRAVE  
À LA CONCURRENCE .... 217

|                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Chapitre I. — Première situation : l'entrave est imputable à une cause étrangère à l'entente</b> .....                                | 219 |
| <i>Section 1. — L'entrave est totalement imputable à une cause étrangère à l'entente</i> .....                                           | 220 |
| § 1. — Énoncé des règles de départ posées par la Commission pour rejeter l'application de l'article 59 bis .....                         | 221 |
| A. L'avis du 18 février 1956 : « Affréteurs pour les expéditions de charbon par voies navigables » .....                                 | 221 |
| B. L'avis du 19 décembre 1969 : « Réglementation professionnelle dans le secteur des vins de Champagne » .....                           | 223 |
| § 2. — Développement des règles de départ posées par la Commission pour refuser l'application de l'article 59 bis .....                  | 225 |
| A. Conditions tenant à l'existence d'une réglementation dérogeant au principe de la libre concurrence .....                              | 226 |
| B. Conditions tenant à l'intervention d'une « autorité administrative » chargée de l'application de la réglementation .....              | 227 |
| 1 <sup>o</sup> ) Détermination de la qualité d'autorité administrative de l'organisme chargé de l'application de la réglementation ..... | 228 |
| 2 <sup>o</sup> ) Modalités d'intervention de l'autorité administrative chargée de faire appliquer la réglementation .....                | 229 |
| a) L'autorité administrative intervient par la fixation autoritaire des prix .....                                                       | 229 |
| b) L'autorité administrative intervient en contrôlant l'exercice des activités professionnelles .....                                    | 230 |
| <i>Section 2. — L'entrave est partiellement imputable à une cause étrangère à l'entente</i> .....                                        | 233 |
| § 1. — L'entrave a pour cause partielle une réglementation restreignant la concurrence .....                                             | 233 |
| A. Réglementation organisant l'ensemble du marché .....                                                                                  | 233 |
| B. Réglementation portant sur les prix .....                                                                                             | 236 |
| § 2. — L'entrave a pour cause partielle les particularités de certains marchés .....                                                     | 237 |
| <b>Chapitre II. — Deuxième situation : l'entrave est imputable à l'entente...</b>                                                        | 240 |
| <i>Section 1. — Imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction du seul objet anticoncurrentiel</i> .....                              | 241 |
| § 1. — Existence de l'intention anticoncurrentielle .....                                                                                | 242 |
| A. Notion d'intention anticoncurrentielle .....                                                                                          | 242 |
| B. Preuve de l'intention anticoncurrentielle .....                                                                                       | 245 |
| § 2. — Suffisance de l'intention anticoncurrentielle au regard de l'imputabilité à l'entente de l'entrave .....                          | 248 |



|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Section 2. — Imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction du seul effet anticoncurrentiel</i> .....                 | 250 |
| <i>Sous-section 1. — Imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction du seul effet réel</i> .....                         | 251 |
| § 1. — Existence de l'effet réel d'entrave .....                                                                            | 252 |
| A. Nature de l'entrave constatée .....                                                                                      | 252 |
| B. Ampleur de l'entrave constatée .....                                                                                     | 252 |
| 1º) L'entrave est fonction de la part du marché contrôlée .....                                                             | 252 |
| 2º) L'entrave est fonction de la nature, du nombre et de la durée des pratiques .....                                       | 254 |
| 3º) L'entrave est fonction des mécanismes de contrainte mis en place .....                                                  | 255 |
| § 2. — Suffisance de l'effet réel d'entrave au regard de l'imputabilité à l'entente de l'entrave .....                      | 256 |
| <i>Sous-section 2. — Imputabilité de l'entrave à l'entente en fonction du seul effet éventuel</i> .....                     | 259 |
| § 1. — Existence de l'effet éventuel d'entrave à la concurrence ....                                                        | 260 |
| A. La menace d'entrave est fonction de la nature des pratiques ....                                                         | 260 |
| B. La menace d'entrave est fonction de la puissance de l'entente sur le marché .....                                        | 261 |
| § 2. — Suffisance de l'effet éventuel d'entrave à la concurrence au regard de l'imputabilité à l'entente de l'entrave ..... | 264 |
| A. L'effet éventuel coexiste avec un effet réel .....                                                                       | 264 |
| B. L'effet éventuel ne coexiste pas avec un effet réel .....                                                                | 266 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE .....                                                                                      | 269 |

## DEUXIEME PARTIE

### L'ENTENTE PROHIBEE NE REMPLIT PAS LES CONDITIONS EXIGEEES PAR L'ARTICLE 59 ter DEVENU L'ARTICLE 51

#### TITRE I

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>LE « RACHAT » PREVU PAR L'ARTICLE 59 ter-1º DEVENU<br/>L'ARTICLE 51-1º : ENTENTE RESULTANT D'UN TEXTE<br/>LEGISLATIF OU REGLEMENTAIRE</i> ..... | 281 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Chapitre I. — Première condition d'application de l'article 59 ter-1º :<br/>existence d'un texte législatif ou réglementaire susceptible<br/>de justifier une entente anticoncurrentielle</b> ..... | 283 |
| <i>Section 1. — Nature des textes susceptibles d'être invoqués par l'entente</i> .....                                                                                                                 | 284 |
| § 1. — Exclusion de certains textes réglementaires par l'ordonnance<br>du 28 septembre 1967 .....                                                                                                      | 284 |
| A. Fondement de la réforme .....                                                                                                                                                                       | 285 |
| B. Portée de la réforme .....                                                                                                                                                                          | 286 |

|                                                                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 2. — Extension par la Commission à certains textes administratifs non réglementaires .....                                                       | 287 |
| A. L'entente ne peut invoquer aucune mesure administrative .....                                                                                   | 287 |
| B. L'entente peut invoquer certaines mesures administratives .....                                                                                 | 288 |
| <i>Section 2. — Objet des textes susceptibles d'être invoqués par l'entente</i> .....                                                              | 290 |
| § 1. — Réglementation ayant pour objet l'organisation de l'ensemble d'un secteur économique .....                                                  | 290 |
| A. Principe posé par la Commission : le texte invoqué ne doit pas soustraire la totalité d'un secteur au régime de liberté .....                   | 290 |
| B. Mise en œuvre du principe .....                                                                                                                 | 291 |
| § 2. — Réglementation ayant pour objet l'organisation partielle d'un secteur économique .....                                                      | 292 |
| A. Principe posé par la Commission : le texte invoqué doit avoir pour objet une organisation du marché assimilable à des pratiques d'entente ..... | 292 |
| B. Mise en œuvre du principe .....                                                                                                                 | 293 |
| <b>Chapitre II. — Deuxième condition d'application de l'article 59 ter-1<sup>o</sup> : imputabilité de l'entente au texte invoqué</b> .....        | 295 |
| <i>Section 1. — Exigence d'un lien de causalité entre l'entente et le texte invoqué</i> .....                                                      | 296 |
| § 1. — Existence du lien de causalité .....                                                                                                        | 296 |
| § 2. — Caractères du lien de causalité .....                                                                                                       | 298 |
| A. Caractère partiel ou exclusif du lien de causalité .....                                                                                        | 298 |
| B. Caractère direct ou indirect du lien de causalité .....                                                                                         | 299 |
| <i>Section 2. — Exigence d'une adéquation entre l'entrave et le texte invoqué</i> .....                                                            | 300 |
| § 1. — Interdiction de principe des actions complémentaires à la réglementation invoquée .....                                                     | 301 |
| A. Contenu du principe posé par la Commission .....                                                                                                | 301 |
| B. Mise en œuvre du principe par la Commission .....                                                                                               | 303 |
| 1 <sup>o</sup> ) Les moyens d'action ne sont pas précisés par le texte invoqué .....                                                               | 303 |
| 2 <sup>o</sup> ) Les moyens d'action sont précisés par le texte invoqué .....                                                                      | 305 |
| § 2. — Admission exceptionnelle des actions complémentaires à la réglementation invoquée .....                                                     | 305 |

## TITRE II

LE « RACHAT » PREVU PAR L'ARTICLE 59 ter-2<sup>o</sup>  
 DEVENU L'ARTICLE 51-2<sup>o</sup> :  
 ENTENTES CONTRIBUANT AU PROGRES ECONOMIQUE ..

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| — Conditions de recevabilité des justifications de l'entente .....                               | 308 |
| I. — Les auteurs de l'entente doivent apporter eux-mêmes les justifications de leur action ..... | 308 |
| II. — Les auteurs de l'entente doivent avoir admis son existence ..                              | 311 |
| — Contenu des justifications de l'entente .....                                                  | 313 |

## SOUS-TITRE I

PREMIERE CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 ter-2°  
DEVENU L'ARTICLE 51-2° :

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| EXISTENCE D'UN PROGRES ECONOMIQUE .....   | 315 |
| — Etablissement du bilan économique ..... | 316 |
| — Résultats du bilan économique .....     | 321 |

|                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre I. — Nature des résultats positifs retenus au titre du progrès économique .....</b> | <b>324</b> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <i>Section 1. — Résultats positifs traditionnellement retenus au titre du progrès économique .....</i>       | <i>325</i> |
| § 1. — Résultats en matière de spécialisation .....                                                          | 325        |
| A. Appréciation des effets bénéfiques de la spécialisation .....                                             | 325        |
| B. Pratiques rachetées par la spécialisation .....                                                           | 327        |
| § 2. — Résultats en matière de rationalisation .....                                                         | 329        |
| A. Rationalisation de la production .....                                                                    | 330        |
| B. Rationalisation de la distribution .....                                                                  | 331        |
| C. Rationalisation des méthodes de gestion .....                                                             | 333        |
| D. Rationalisation des investissements .....                                                                 | 334        |
| § 3. — Résultats en matière d'amélioration et d'extension des débouchés de la production .....               | 337        |
| A. Résultats obtenus sur le marché intérieur .....                                                           | 338        |
| B. Résultats obtenus sur les marchés extérieurs .....                                                        | 339        |
| <i>Section 2. — Résultats positifs retenus au titre d'une conception élargie du progrès économique .....</i> | <i>341</i> |
| § 1. — Progrès économique et progrès technique .....                                                         | 342        |
| § 2. — Progrès économique et réforme des structures .....                                                    | 344        |
| A. Appréciation des effets bénéfiques des concentrations de 1954 à 1974 .....                                | 344        |
| B. Appréciation des effets bénéfiques des concentrations à partir de 1974 .....                              | 347        |

|                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre II. — Bénéficiaire des résultats positifs retenus au titre du progrès économique .....</b> | <b>349</b> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------|------------|
| <i>Section 1. — Principe posé par la Commission .....</i>       | <i>349</i> |
| <i>Section 2. — Difficultés d'application du principe .....</i> | <i>351</i> |

## SOUS-TITRE II

DEUXIEME CONDITION D'APPLICATION DE L'ARTICLE 59 ter-2°  
DEVENU L'ARTICLE 51-2° : IMPUTABILITE A L'ENTENTE  
DU PROGRES ECONOMIQUE .....

|                                                                                                   |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Chapitre I. — Exigence d'un lien de causalité entre l'entente et le progrès constaté .....</b> | <b>357</b> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Section 1. — Nature du lien de causalité</i> .....                                                                              | 359 |
| § 1. — Définition fondée sur les effets de l'entente .....                                                                         | 359 |
| A. Comparaison des effets de l'entente avec les performances constatées sur les marchés concurrentiels français .....              | 360 |
| B. Comparaison des effets de l'entente avec les performances constatées sur les marchés étrangers .....                            | 361 |
| § 2. — Définition fondée sur l'objet de l'entente .....                                                                            | 362 |
| <i>Section 2. — Caractère du lien de causalité</i> .....                                                                           | 363 |
| § 1. — Caractère partiel ou exclusif du lien de causalité .....                                                                    | 363 |
| A. Applicabilité de l'article 59 ter lorsque le progrès n'est que partiellement imputable à l'entente .....                        | 364 |
| 1 <sup>o</sup> ) Suffisance des résultats partiellement due à une cause étrangère .....                                            | 364 |
| 2 <sup>o</sup> ) Insuffisance des résultats partiellement due à une cause étrangère .....                                          | 365 |
| B. Applicabilité de l'article 59 ter-2 <sup>o</sup> lorsque le progrès est totalement imputable à l'entente .....                  | 366 |
| 1 <sup>o</sup> ) Principe posé par la Commission : l'entente doit être le seul moyen d'assurer le progrès économique invoqué ..... | 366 |
| 2 <sup>o</sup> ) Mise en œuvre du principe .....                                                                                   | 367 |
| § 2. — Caractère direct ou indirect du lien de causalité .....                                                                     | 370 |
| A. Quant aux secteurs d'activité concernés .....                                                                                   | 370 |
| B. Quant aux territoires concernés .....                                                                                           | 371 |
| <b>Chapitre II. — Exigence d'une adéquation entre l'entrave et le progrès réalisé</b> .....                                        | 295 |
| <i>Section 1. — Définition de la notion d'adéquation</i> .....                                                                     | 374 |
| § 1. — Fondement de la notion d'adéquation .....                                                                                   | 374 |
| § 2. — Contenu de la notion d'adéquation .....                                                                                     | 375 |
| <i>Section 2. — Mise en œuvre de la condition d'adéquation</i> .....                                                               | 378 |
| § 1. — Intensification des actions conformes au progrès économique : prescriptions .....                                           | 378 |
| § 2. — Limitation des entraves à la concurrence : injonctions .....                                                                | 379 |
| A. Suppression de certaines pratiques anticoncurrentielles .....                                                                   | 379 |
| B. Réaménagement de certaines pratiques anticoncurrentielles .....                                                                 | 379 |
| <b>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE</b> .....                                                                                      | 382 |
| <b>CONCLUSION GENERALE</b> .....                                                                                                   | 385 |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....                                                                                                         | 395 |
| <b>INDEX ALPHABETIQUE</b> .....                                                                                                    | 411 |
| <b>TABLE DES MATIERES</b> .....                                                                                                    | 421 |





# LA FONDATION NATIONALE POUR LE DROIT DE L'ENTREPRISE

a été créée, en 1971, et réunit les principaux centres universitaires de droit des affaires (Aix-Marseille II, Montpellier, Rennes, Rouen, Lyon...) et les organisations professionnelles concernées, avocats (U.J.A.), conseils juridiques, fiscaux, sociaux, experts comptables, juristes de banques et juristes d'entreprises, spécialistes en propriété industrielle de l'industrie...

Elle organise et assure différents programmes de formation initiale et permanente en droit de l'entreprise ainsi que la préparation au diplôme national de juriste-conseil d'entreprise (D.J.C.E.), délivré par ses soins.

Elle facilite l'accès des diplômés à la vie professionnelle.

Elle favorise le développement des rapports entre praticiens et universitaires par l'organisation de journées d'études, de séminaires, de stages dans les entreprises...

Elle suscite, réalise, coordonne les recherches et assure la publication de tous les périodiques, mémoires, thèses et ouvrages en droit de l'entreprise, réalisant notamment les parutions suivantes : actualités de droit de l'entreprise, bibliothèque de droit de l'entreprise et cahiers de droit de l'entreprise.

**Siège social de la Fondation :** Faculté de Droit et des Sciences Economiques, 39, rue de l'Université — 34000 Montpellier — Téléphone : 72-69-80 — Poste 41.

**Secrétariat :** Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise, 9, rue Richepanse — 75008 PARIS — Téléphone : (16-1) 260-10-18.







# La F.N.D.E. vous propose

## Dans la collection «ACTUALITÉS DE DROIT DE L'ENTREPRISE»

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial
- Actualités de droit de l'Entreprise 1968
- Nouvelles techniques contractuelles
- Nouvelles techniques de concentration
- Les services communs d'entreprises
- L'exercice en groupe des professions libérales
- Le know-how
- La publicité et le droit
- Garanties de résultat et transfert de techniques
- Droit social et modifications des structures de l'entreprise
- Les inventions du salarié

## Dans la collection «BIBLIOTHÈQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE»

- Le groupement d'intérêt économique, par Ch. Lavabre (épuisé)
- La responsabilité du banquier, par J. Vézian (2<sup>e</sup> édition)
- La société civile professionnelle, par A. Lamboley
- Le droit de la distribution, par J.-M. Mousseron et autres auteurs
- Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R. Contin
- Les réserves latentes, par R. Abélard
- Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages),  
publié avec le concours du C.N.R.S.
- L'extinction du cautionnement, par C. Mouly
- L'entreprise et le contrat, par D. Ledouble
- Les contrats de sous-traitance, par G. Valentin

## Dans la collection «CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE»

- Supplément à la «Semaine Juridique» - Édition C.I.  
Renseignements sur demande au Centre du Droit de l'Entreprise